

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

La Responsabilité civile des Avocats

Etude de droit positif français actuel

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

Robert FOSSE

Avocat à la Cour d'Appel de Montpellier
Lauréat de l'Ordre
Prix Verrière

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

	MM. VIALLETON, professeur, président.	
JURY	MORIN, doyen, professeur.	} Assesseurs.
	BECQUÉ, professeur.	

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

1935

**LA RESPONSABILITÉ CIVILE
DES AVOCATS**

LA RESPONSABILITÉ CIVILE
DES AVOCATS

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

La Responsabilité civile des Avocats

Etude de droit positif français actuel

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

Robert FOSSE

Avocat à la Cour d'Appel de Montpellier
Lauréat de l'Ordre
Prix Verrière

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

JURY	MM. VIALLETON, professeur, président.	} Assesseurs.
	MORIN, doyen, professeur.	
	BECQUÉ, professeur.	

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

1935

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International
Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, Professeur de Droit Commercial.

ANTONELLI, Professeur d'Economie politique.

TISSET, agrégé d'Histoire du Droit.

DELBEZ, agrégé de Droit public.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

LEMERCIER, chargé de cours de Droit romain.

VALÉRY, Doyen honoraire, Correspondant de l'Institut.

DONAT, Secrétaire.

DUBOIS, Secrétaire honoraire.



JURY

MM. VIALLETON, Professeur, *Président*.

MORIN, Doyen.

BECQUE, Professeur.

| *Assesseurs*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DES MIENS

A MON PÈRE

A MA TANTE

A MON FRÈRE

A MES AMIS

INTRODUCTION

Le Barreau n'est pas seulement, en France, une profession, il est davantage. L'ancienneté de son origine, la place éminente qu'il a toujours tenue, l'utile collaboration qu'il apporte à l'œuvre de la Justice, enfin, la noblesse avec laquelle il persévère à la pérennité de son idéal, sont autant de mérites qui autorisent à le considérer comme une véritable institution.

L'intérêt des justiciables, ou plus exactement l'intérêt supérieur du Droit et de la Justice, a toujours inspiré seul les règles professionnelles des membres du Barreau. Leurs prérogatives et leurs devoirs corporatifs ont été institués en fonction de cette norme, et les usages de l'Ordre n'en sont que la cristallisation. L'intérêt personnel de chacun des membres de la corporation s'est toujours effacé devant la fonction éminemment sociale dont ils assument la charge, et c'est là, nous semble-t-il, la véritable expression du principe de désintéressement, l'un des vecteurs essentiels de la profession.

C'est ce caractère spécifique de l'activité professionnelle des avocats qui transforme la physionomie du problème que nous nous sommes proposé d'étudier, en le transpo-

sant sur un plan plus élevé qui déborde le cadre normal du droit privé.

Le problème de la responsabilité civile des avocats est, en effet, une de ces questions, dont une analyse un peu serrée fait apparaître le caractère beaucoup plus délicat et complexe qu'un examen superficiel n'aurait pu le faire présumer. On pourrait être tenté, a priori, d'assimiler la responsabilité civile des membres du Barreau à une responsabilité normale, de droit commun, mais on s'aperçoit rapidement, dès que l'on cherche à définir la nature juridique de cette responsabilité, que, comme nous venons de le dire, l'influence de l'élément social de la fonction, notamment sur les rapports privés de l'avocat avec ses clients, rend difficile la solution recherchée en ce sens que l'explication technique et purement juridique de la question s'avère trop rigide, parce que bornée à un horizon trop étroit, dont le problème analysé ne saurait se satisfaire.

La souplesse que réclame une explication doctrinale logique exige un cadre élargi, s'harmonisant plus heureusement aux éléments un peu exceptionnels de la situation. Si les rapports qui se forment entre l'avocat et son client ressortissent indiscutablement au droit privé, ils n'en subissent pas moins l'incidence des règles de droit public qui président à l'exercice de la fonction, et qui viennent modifier ces rapports en les rendant plus complexes.

C'est ce double aspect du rôle de l'avocat dont nous devons constamment tenir compte, tout au long de notre travail, pour tâcher d'en équilibrer les éléments, si nous voulons contribuer objectivement à dégager une solution qui soit le plus possible en accord avec l'esprit actuel de notre législation positive. Nous ne prétendrons, certes pas, mettre un point final à la discussion — à laquelle de nombreux et éminents auteurs sont déjà venus apporter leur autorité — pour la raison que, selon l'importance attribuée, a priori, à telle donnée de la question, on la canalise, en

quelque sorte, vers une solution qui est commandée en grande partie par le postulat de départ.

Nous voulons dire, par là, que, selon qu'on envisagera l'activité de l'avocat sous son angle public, c'est-à-dire dans le plan social de la fonction, ou au contraire, sous son angle privé, autrement dit, dans le plan des liens de droit civil qui unissent l'avocat à son client, et que l'on posera en principe que l'un d'eux n'est que subsidiaire à l'autre, les conclusions auxquelles on aboutira, à l'endroit de la responsabilité, seront quelque peu contradictoires.

La difficulté liminaire réside donc dans l'appréciation des données générales qui sont à la base de l'activité professionnelle des avocats, et de leur influence sur la solution du problème de leur responsabilité civile. Il s'agit, en effet, de chercher à édifier, sur le terrain purement juridique, une théorie qui réfléchisse cependant l'aspect philosophique de la question. C'est là le point névralgique et la raison de la difficulté à laquelle on se heurtera, dès que l'on voudra adapter la situation de l'avocat envers son client à l'un des moules juridiques nettement établis par le Code civil.



Le titre de notre étude définit suffisamment les limites que nous nous sommes assignées : l'examen de la responsabilité civile des membres du Barreau ⁽¹⁾. Précisons, toutefois, que nous n'envisagerons cette responsabilité que dans le cadre de l'activité purement professionnelle des

(1) Nous laisserons de côté la question de la responsabilité civile des avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, dont le statut est par trop différent de celui de leurs confrères qui exercent devant les tribunaux et les cours d'appel, puisque, aussi bien, ils se rapprochent beaucoup des officiers ministériels, et plus spécialement des avoués, dont ils cumulent la fonction à la barre des hautes juridictions devant lesquelles ils jouissent, d'ailleurs, d'un monopole légal.

avocats, l'étude de leur responsabilité extra-professionnelle ne présentant, pour nous, aucun intérêt, en ce sens qu'elle s'identifie à celle que peut encourir tout particulier dans les termes du droit commun.

Nous verrons, en outre, que les Barreaux, dans l'intérêt même de la dignité corporative, interdisent à leurs membres, agissant en leur qualité d'avocat, un certain nombre d'actes (par exemple, les maniements de fonds), bien que la loi n'édicte aucune nullité à leur encontre. Il n'est pas douteux, dès lors, que si, malgré l'interdiction professionnelle, un avocat devient l'auteur d'un de ces actes, qui, répétons-le, sont juridiquement valables au regard de la loi commune applicable à tous, il retombera dans le champ d'une responsabilité normale, puisque, ayant débordé les règles professionnelles, il ne doit plus être considéré que comme un simple particulier.

Ajoutons, cependant, que l'avocat cumulera, dans ce cas, cette responsabilité avec la responsabilité disciplinaire attachée à sa fonction.

Le champ de la responsabilité de l'avocat est, en effet, multiple, puisqu'il peut être envisagé sous trois angles différents : civil, pénal et disciplinaire. En réalité, les espèces pratiques qui sanctionnent l'une des formes de cette triple responsabilité sont rares et cela vient de ce que les membres du Barreau, en choisissant leur carrière, s'engagent librement à en respecter les règles, et se trouvent par là-même à l'abri des risques de responsabilité de toute sorte.

En effet, l'ensemble des règles professionnelles constitue un véritable code déontologique, consacrant des obligations sévères, plus strictes que celles qui sont imposées à l'avocat par le droit commun, aussi bien sur le terrain civil que dans le domaine pénal. En sorte que, si toute sanction disciplinaire n'entraîne pas nécessairement le déclenchement d'une responsabilité civile ou pénale, inversement, tout manquement aux obligations générales formulées par

la loi pénale ou civile sera assorti, non seulement des sanctions légales normales, mais, en outre, de poursuites disciplinaires dont l'avocat fautif se verra presque inévitablement l'objet.

Si la responsabilité civile se distingue nettement de la responsabilité pénale, il serait erroné de croire que le départ entre la responsabilité civile des avocats et leur responsabilité corporative peut se faire aisément, ou, plutôt, que ces deux sortes de responsabilité sont parfaitement étanches, et, bien que pouvant entrer en jeu simultanément, n'ont aucune incidence l'une sur l'autre.

Il n'est, pour s'en convaincre, que de se rappeler les quelques considérations liminaires que nous avons brièvement mises en lumière. Nous avons montré que les règles professionnelles n'avaient d'autre but que de cristalliser pour l'avocat les grands principes qui dérivent du caractère social de sa fonction. Or, le législateur a accordé aux Conseils de l'Ordre un pouvoir réglementaire en quelque sorte souverain sur tout ce qui concerne l'activité professionnelle des membres du Barreau. Ceux-ci ne peuvent, d'ailleurs, exciper d'aucune contrainte, puisqu'en entrant dans l'Ordre, ils en ont accepté les règles en toute liberté, et qu'ils désignent librement les membres du Conseil de l'Ordre, par voie d'élection.

On conçoit très bien, alors, que, si certaines de ces règles — inspirées, il ne faut pas l'oublier, par un intérêt supérieur à l'intérêt privé des avocats — sont en opposition avec le droit civil commun, ou plus exactement, amenuisent les droits qui dériveraient normalement de la loi pour toute autre personne placée dans une situation analogue, la physionomie positive des rapports juridiques qui naissent de l'activité professionnelle des avocats va s'en trouver modifiée, et, partant, la responsabilité qui pourra en résulter.

Or, nous verrons que sur de nombreux points cette

influence est indéniable. Il est peut-être facile, comme l'ont fait certains auteurs qui se sont occupés de la question, de déclarer que certains usages du Barreau sont archaïques et périmés, mais cette position n'est pas objective. Il faut se placer, en réalité, en face de la législation positive actuelle et tâcher d'en dégager les idées et les conclusions auxquelles elle conduit.

Il serait vain, en notre matière, de vouloir annuler d'un trait de plume, à l'heure où nous écrivons, la force quasi-légale des usages réglementaires du Barreau, usages qui peuvent se résumer ainsi : Nul ne peut être avocat s'il n'est inscrit à un Barreau, et s'il ne respecte les règles de sa fonction. Certes, toute infraction ne sera pas une cause d'exclusion, mais il n'en reste pas moins qu'un avocat qui, malgré une première sanction, continuerait à manifester son indiscipline, se verrait, plus ou moins rapidement, frappé de la radiation définitive.

Incidence de la déontologie professionnelle sur les données techniques du problème particulier de la responsabilité civile des avocats, influence des usages réglementaires sur la réalité pratique de cette même responsabilité, telles sont les conclusions concrètes auxquelles conduira à nos yeux, l'examen objectif de la situation de l'avocat dans l'exercice de son activité professionnelle.



Le cadre de cette activité professionnelle qui, en France, était resté intangible pendant plusieurs siècles, a subi au cours de ces trente dernières années une évolution extensive, et le champ d'activité de l'avocat s'est enrichi d'attributions nouvelles.

En effet, tandis qu'à la fin du XIX^e siècle le rôle de l'avocat ressortissait seulement à deux pôles bien déterminés et strictement limités : la consultation et la plaidoirie, dès les

premières années du XX^e siècle la nécessité d'adapter la procédure à un rythme plus simple et plus rapide, qui réduise les frais et hâte la solution des procès, a poussé le législateur, au moins devant les tribunaux dits d'exception, à accorder à l'avocat un droit nouveau et privilégié, celui de représenter son client sans procuration.

C'est une réaction, dont le droit comparé s'était déjà largement inspiré, contre le système quelque peu anachronique, il faut l'avouer, de la dualité de représentation et d'assistance dans le processus judiciaire. Il est certain que les critiques qu'on a adressées à ce système comportent un fondement assez sérieux, notamment, d'augmenter inutilement les frais, en contraignant le plaideur à une double rémunération, d'aboutir souvent à une défense défectueuse, par le divorce assez fréquent entre l'avoué et l'avocat sur la façon de conduire l'instance, qui risque d'augmenter les erreurs, enfin même de retarder la solution à intervenir, chacun comptant sur l'autre pour agir.

Disons, à titre documentaire, que ces critiques ont abouti dans les législations modernes à l'abandon presque total du système de la dualité. Seules, l'Angleterre et la France l'ont conservé, tout en consacrant, toutefois, le principe de l'unité de la défense devant un certain nombre de juridictions. Les législations allemande, américaine, égyptienne, espagnole, italienne, russe, suisse, etc..., appliquent sans exception le principe de l'unité, et si, dans certains de ces pays, la profession d'avocat est distincte de celle d'avoué, il n'en reste pas moins que les deux rôles peuvent être cumulés par une même personne.

Quoiqu'il en soit, le droit français actuel confère aux avocats, devant un certain nombre de juridictions, un droit de représentation dont l'importance n'est pas négligeable, et c'est ce qui nous a amené tout naturellement à étudier leur responsabilité civile dans le cadre de ces trois attribu-

tions essentielles: consultation, assistance et représentation en justice.

Nous avons cru bon de diviser tout d'abord notre travail en deux grandes parties générales: la première traitant du problème théorique de la responsabilité, c'est-à-dire essayant de contribuer à son explication technique, la seconde étant l'illustration de la première dans le domaine des applications pratiques. C'est à l'intérieur de ces deux grandes divisions et pour chacune d'elles que nous avons fait intervenir successivement le triple aspect de l'activité professionnelle des membres du Barreau, accordant, au surplus, un examen séparé à la responsabilité de l'avocat envers ses clients et envers les tiers.

On pourrait s'étonner de la carence d'un historique de la question que nous nous sommes proposé d'étudier: nous en avons délibérément décidé l'écart, tout d'abord parce que cet historique ayant déjà été fait ⁽²⁾, nous n'aurions apporté rien de bien nouveau sur ce point, mais surtout parce que nous avons voulu canaliser nos efforts dans le sens d'une contribution à l'étude du problème en droit positif français actuel, qui, à notre connaissance, n'a donné lieu qu'à des aperçus trop rapides et à des conclusions parfois un peu hâtives.

(2) Cf. notamment: LEEMANS (A.): De la responsabilité civile des avocats. *Thèse Paris* 1909, p. 7 s.

LIVRE PREMIER

LE PROBLEME THEORIQUE

LIVRE PREMIER

LE PROBLEME THEORIQUE

Afin de dégager une conception précise de la responsabilité civile de l'avocat, il nous a paru nécessaire de l'analyser dans le cadre de chacune des fonctions essentielles que l'avocat est appelé à remplir au cours de son ministère. On ne saurait, en effet, assimiler en une explication identique, les situations juridiques différentes auxquelles donne naissance l'activité professionnelle des membres du Barreau.

Simple défenseurs devant les juridictions normales, les avocats cumulent cette qualité avec celle de mandataire, devant les juridictions d'exception. Il ressort immédiatement que leur responsabilité ne peut obéir dans ces deux cas aux mêmes règles, et cela va nous amener à étudier, tout d'abord, la responsabilité de l'avocat qui exerce sa fonction devant les juridictions où la présence légalement obligatoire d'un avoué restreint son rôle à assister le plaideur à

l'audience et à développer verbalement les arguments favorables à ses intérêts.

Notre attention se portera ensuite sur la responsabilité de l'avocat-conseil, et, enfin, sur celle de l'avocat mandataire *ad litem* de son client devant les tribunaux spéciaux dont la procédure simplifiée l'a investi d'un véritable droit de représentation.

Nous aurons ainsi fait le tour des domaines divers où l'activité professionnelle des avocats peut éventuellement causer un préjudice aussi bien aux clients qu'à des tiers, et entraîner par là leur responsabilité.

CHAPITRE PREMIER

LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT PLAIDANT DEVANT LES JURIDICTIONS OU LE MINISTERE DE L'AVOUE EST OBLIGATOIRE ⁽¹⁾

Le problème préliminaire et particulièrement délicat qui se pose à nous, est celui du fondement de cette responsabilité. Après en avoir déterminé la nature, nous aurons à en fixer les conditions d'application et les limites théoriques, réservant à notre seconde partie les applications pratiques qui viendront illustrer d'une façon plus précise les notions techniques que nous aurons dégagées.

Nous venons de dire que les avocats peuvent professionnellement causer un dommage, soit à leurs clients, soit à des tiers ; ceux-ci pouvant se plaindre d'une défense défectueuse de leurs intérêts, ceux-là pouvant reprocher au défenseur des paroles ou des actes qui leur sont

(1) Ce sont les tribunaux civils et les cours d'appel statuant en matière civile.

préjudiciables. Aussi bien, est-il nécessaire de discriminer ces deux sortes de responsabilité, la différence des rapports juridiques de l'avocat avec ses clients ou avec des tiers justifiant une étude séparée de chacune d'elles.

A. — FONDEMENT ET NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE ENVERS LE CLIENT

SECTION I

Responsabilité contractuelle et délictuelle

A première vue, la question apparaît fort simple : l'avocat s'engage à fournir à la personne qui le sollicite ses services professionnels, moyennant une rémunération qui prend ici le nom d'honoraires. Il semble donc qu'on soit en présence d'un lien juridique de nature contractuelle, d'un engagement d'allure synallagmatique, entraînant des obligations réciproques de la part des deux contractants, les obligations de l'un étant la contre-partie de celles de l'autre. Si l'une des parties se rend coupable d'inexécution ou de mauvaise exécution des engagements pris, la sanction relèvera des règles de la responsabilité contractuelle.

Le problème est, en réalité, beaucoup plus complexe, et le nombre important des théories qui ont été émises, et que nous examinerons plus loin, prouve à l'évidence les difficultés auxquelles se sont heurtés les auteurs pour trouver une solution qui concilie la nature particulière d'une profession qui obéit à des règles morales très strictes, avec la nécessité d'une explication juridique logique.

Le législateur n'a, en effet, précisé nulle part la nature juridique du lien qui existe entre l'avocat et son client.

Les auteurs sont en désaccord et la jurisprudence a le plus souvent éludé la question.

Le Code Civil étant muet, les principes généraux énoncés par les articles 1382 et 1383 peuvent donc très bien réclamer aussi leur application à notre hypothèse ; la responsabilité délictuelle ou plus exactement quasi-délictuelle de l'avocat étant une thèse soutenable à l'égal de la thèse contractuelle.

■
**

Nous touchons ici à un conflit extrêmement intéressant, qui n'est point encore résolu de nos jours. Sans nous embarrasser d'une discussion qui déborderait notre sujet, il nous paraît indispensable d'en dégager les grandes lignes afin d'en tirer les conclusions utiles à notre étude. Ces notions générales qui dominent tous les sujets particuliers de responsabilité, doivent être constamment présentes à l'esprit si l'on ne veut aboutir à des solutions trop exclusives dont la disparité se heurterait à l'harmonie générale du grand problème de la responsabilité.

La responsabilité délictuelle, qui dérive de la loi, est un principe général de droit naturel, d'une étendue d'application très vaste, et qui paraît dominer, à notre sens, l'ensemble du problème de la responsabilité (2). Si un accord de volontés entre deux ou plusieurs individus vient y substituer un nouveau mode de responsabilité, celui-ci devra résulter expressément ou tacitement de cet accord, mais d'une manière certaine. Toutes les fois que cette volonté pourra être mise en doute, la responsabilité délictuelle reprendra sa place, l'existence d'un contrat vala-

(2) En ce sens, voir les conclusions de M. H. MAZEAUD, dans son article paru à la *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1929, p 612: « Responsabilité délictuelle et contractuelle ».

ble n'impliquant pas nécessairement une responsabilité contractuelle dans tous les cas.

Le problème ainsi posé, il convient de faire le point des différences qui caractérisent chacune de ces responsabilités, avant d'aborder l'examen des diverses solutions qui ont été émises en notre matière. Ce sera l'étude analytique et critique de ces théories qui nous permettra d'élaborer la thèse que nous nous proposons de soutenir, avec la seule prétention de contribuer à l'étude d'une question plus délicate qu'elle ne le paraît tout d'abord.

L'existence en notre législation d'une dualité de responsabilité peut sembler étonnante. A première vue, la notion de responsabilité paraît indivisible, au moins dans son fondement juridique, et cette idée est à la source de plusieurs systèmes partisans de l'unité de responsabilité, qui se fondent sur l'identité de nature sinon d'effets des deux modes classiques de responsabilité ⁽³⁾. Personnellement, nous estimons que les différences d'application suffisent amplement, à elles seules, à justifier, selon les cas, la possibilité d'un choix.

Examinons sommairement, parmi ces différences, celles qui trouvent une application directe en notre matière ⁽⁴⁾.

La capacité n'est point la même dans les deux domaines. Alors que la responsabilité contractuelle est subordonnée à la majorité civile du contractant — élément de validité

(3) Cf. GRANDMOULIN : « Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain et dans le droit français, avec application à la combinaison de l'incapacité et de la responsabilité dans le droit français ». *Thèse Rennes*, 1892.

LEFEBVRE : « De la responsabilité délictuelle et contractuelle », *Revue critique*, 1886.

(4) Nous laisserons ainsi de côté les différences relatives à la compétence, aux clauses d'irresponsabilité et à la prescription. Quant à la question de la mise en demeure, le plus souvent indispensable pour déclencher la responsabilité contractuelle, elle ne peut présenter qu'un intérêt théorique dans notre sujet, étant donné qu'on imagine difficilement, en pratique, le client mettant son avocat en demeure de plaider.

du contrat — la responsabilité délictuelle est engagée dès que le mineur agit avec discernement ⁽⁵⁾. Différence intéressante, étant donné qu'il existe dans les Barreaux de nombreux avocats-stagiaires qui n'ont pas atteint vingt et un ans et qui jouissent des mêmes droits que leurs confrères majeurs.

En second lieu, si la notion de faute est bien à la base des deux modes de responsabilité, ce que l'on pourrait appeler le *critère de « fautivité »* ne serait pas, d'après certains auteurs, le même dans les deux domaines. La responsabilité contractuelle, d'après eux, serait moins étendue que la responsabilité délictuelle, la première exigeant une faute légère, alors que la seconde serait déclenchée par la faute la plus légère. Cette conception est une survivance du droit romain qui prétendait fixer à l'avance l'échelle de gravité des fautes. La faute contractuelle serait celle que ne commettrait pas le *bonus pater familias*, c'est-à-dire l'individu moyen et normalement diligent. La faute délictuelle s'apprécierait d'après la conduite de l'homme très diligent, apportant un soin tout particulier à ses affaires.

Cette distinction se heurte à de sérieuses objections. Tout d'abord, elle n'est pas prévue par la loi, et, si les articles 1137 pour le contrat, et 1382 pour le délit établissent une différence quant à l'étendue de l'obligation, ce serait, à notre avis, une grave erreur, de confondre la notion de gravité de la faute avec celle d'étendue de la réparation ⁽⁶⁾.

La thèse de la prestation des fautes se trouve, en fait,

(5) M. BRUN, dans sa thèse: « Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle », Lyon, 1931, n° 16 et suiv., prétend qu'il y aurait confusion entre responsabilité et capacité contractuelle. En réalité, la responsabilité contractuelle dépend de la capacité qui est à la base de l'existence du contrat.

(6) Comp. BRUN, op. cit., n° 17.

aujourd'hui, presque unanimement combattue. Il est inexact, en effet, de parler de gravité de la faute dans un contrat, puisque aussi bien, la responsabilité contractuelle, sous réserve de la mise en demeure, résulte du fait de l'inexécution. Tout manquement à l'engagement conclu constitue la faute contractuelle ; peu en importe la gravité, qu'elle soit lourde ou légère, la responsabilité n'en est pas moins acquise (7).

D'ailleurs, même sur le terrain délictuel, il nous paraît hardi de vouloir définir abstraitement l'étiage de gravité de la faute. Le Code Civil a employé volontairement une formulé large, afin de laisser aux juges un libre pouvoir d'appréciation. C'est à eux qu'il appartient de décider si la faute est suffisante pour entraîner la responsabilité et d'apprécier son point de déclenchement selon les espèces : ce sera tantôt la faute lourde, tantôt la faute légère (8).

Beaucoup plus importante, nous dirons même prédomi-

(7) Nous faisons allusion à la théorie de l'imputabilité objective, soutenue de nos jours par un grand nombre d'auteurs. Ainsi, MM. COLIN et CAPITANT, dans leur *Cours élémentaire de droit civil français*, tome II, 7^e éd., p. 380, déclarent : « En matière contractuelle il y a faute, en réalité, dès lors que le débiteur a contrevenu à son engagement, n'a pas accompli toute la prestation qu'il devait fournir. Le droit, en cette matière, consacre la responsabilité du simple fait ». — Dans le même sens : PLANIOL, RIPERT et ESMEIN : *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 1926, n° 377 et suiv. — DEMOLOMBE : *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. XXXI, n° 556. — DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, 2^e éd., 1924, t. V, p. 202, § 195.

(8) MM. COLIN et CAPITANT confirment cette opinion (op. cit., p. 380) : « C'est seulement en matière délictuelle, déclarent-ils, qu'il y a lieu de comparer, comme le faisaient les Romains, les agissements concrets du défendeur avec ceux qu'on peut attendre du type abstrait de l'homme prudent et diligent. Maintenant, ce type-là est-il celui de l'homme prudent et diligent, du *bonus pater familias*, ou de l'*optimus pater familias*, la faute répréhensible chez un délinquant est-elle une *culpa levis* ou une *culpa levissima*? Peu importe. La question est toute théorique et nous ne connaissons aucune décision judiciaire attestant qu'elle se soit jamais posée devant les juges »

nante, dans ses effets, est la question de charge de la preuve.

Nous venons de voir que la faute contractuelle est pré-supposée par le simple fait de l'inexécution de l'engagement. Elle se trouve donc toute prouvée, sans que le demandeur en responsabilité n'ait autre chose à démontrer que ce manquement à l'obligation. Le fardeau de la preuve, dans le domaine contractuel, est ainsi singulièrement allégé.

Au contraire, celui qui excipe d'une faute délictuelle, doit en apporter la preuve, pour triompher ⁽⁹⁾, et cette preuve sera souvent fort difficile à faire, étant donné qu'elle porte sur un fait d'appréciation subjective.

L'adoption de la responsabilité contractuelle est donc particulièrement avantageuse, si l'on considère qu'elle amène un véritable renversement du fardeau de la preuve en laissant au défendeur, c'est-à-dire à l'auteur du dommage, le soin de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant son absence de faute, ou l'intervention d'une cause étrangère résultant d'événements extérieurs et imprévisibles ⁽¹⁰⁾.

Seule, peut-être, la nécessité de la mise en demeure, vient alourdir un peu la position favorisée du créancier d'une obligation contractuelle.

Les critiques sont venues, sur ce point encore, attaquer la distinction traditionnelle, et, d'aucuns, repoussant toute différence, ont prétendu analyser en un même mécanisme le régime de la preuve applicable aux deux sortes de responsabilité ⁽¹¹⁾.

(9) Sauf dans les hypothèses où la loi a créé en faveur de la victime d'un préjudice une présomption de faute, qui ramène à un système voisin de la responsabilité contractuelle.

(10) Cas fortuit ou force majeure, fait d'un tiers, ou faute du créancier.

(11) PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., par G. RIPERT, t. II, n^o 589. GRANDMOULIN, op. cit.

La question est, en fait, liée à l'analyse du contenu de l'obligation contractuelle et de son exécution. S'il est vrai que, dans certains cas, le demandeur en responsabilité contractuelle n'a rien à prouver, il serait vain de généraliser. Il y a lieu d'appliquer ici, à notre avis, un double critère. Le premier est formulé par M. DEMOGUE ⁽¹²⁾ qui divise les obligations contractuelles, en obligations de *moyen* et de *résultat*. L'obligation de moyen est celle dans laquelle le débiteur s'engage à prendre certaines précautions, à fournir une certaine diligence dans l'accomplissement de sa prestation, sans être, cependant, tenu du résultat. C'est le cas de l'avocat ou du médecin, qui ne peuvent s'engager évidemment à gagner le procès ou à guérir le malade, mais qui n'en sont pas moins responsables des moyens employés dans ce but et qui doivent agir avec toute la prudence et la diligence nécessaires.

L'obligation de résultat consiste, au contraire, dans la promesse d'un résultat certain, déterminé à l'avance par la convention ⁽¹³⁾.

Ce n'est que dans l'obligation de résultat que les règles de preuve jouent par présomption.

Pour l'obligation de moyen, la victime doit faire la preuve comme en matière délictuelle.

À côté de ce premier critère, nous en proposons un second, d'ailleurs voisin, qui différencie l'inexécution de la mauvaise exécution de l'obligation. S'il y a inexécution — fait comparable à la violation d'une obligation de résultat — le système de la faute présumée est d'application logique. Mais si on est en présence d'une exécution défectueuse, en d'autres termes, si le créancier se plaint d'une carence ou d'une défaillance dans les moyens employés, il est difficile d'engager de plein droit la responsabilité du débiteur, qui ne pourra être retenue que si la preuve de

(12) *Traité des obligations*, t. v, n° 1237.

(13) Par exemple, l'entrepreneur qui s'engage à bâtir un immeuble.

la mauvaise exécution est établie. On se trouve, en ce cas, en face d'une appréciation nécessaire, et le demandeur devra faire la preuve de ce qu'il avance. Nous ne suivrons pas cependant M. DEMOGUE jusqu'au bout de ses conclusions qui retiennent la responsabilité contractuelle, même lorsqu'il y a violation d'une obligation de moyen. Il nous semble que l'on sort ici du contrat. La responsabilité contractuelle ne peut naître que de l'inexécution pure et simple de la convention. Mais dès qu'intervient un débat sur l'interprétation de l'exécution, dès qu'il s'agit de savoir si cette exécution a été bien ou mal réalisée, la responsabilité délictuelle reprend ses droits — ce qui explique justement en ce cas le renversement de la preuve. En somme, nous estimons que le champ de la responsabilité contractuelle doit donner lieu à une appréciation stricte, et que toute interprétation douteuse doit être absorbée par le principe général de la responsabilité délictuelle.

Il nous reste, enfin, à dire quelques mots sur les différences d'étendue des deux responsabilités. La responsabilité contractuelle est limitée à un double point de vue par les art. 1150 et 1151 du Code Civil. Si l'inexécution ne résulte pas de la fraude ou du dol du débiteur, la réparation se mesure aux dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment du contrat. Même dans l'hypothèse du dol, le débiteur n'est tenu que du préjudice qui est une suite directe et immédiate de l'inexécution.

Les art. 1382 et 1383 étant muets sur l'étendue de la responsabilité délictuelle, celle-ci comprend aussi bien les dommages imprévisibles qu'indirects, et notamment le dommage moral totalement extérieur à la responsabilité contractuelle.

Cet examen, encore que très schématique, suffit à nous

montrer l'intérêt qu'il y a à distinguer la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle, car, si certaines différences traditionnelles se trouvent considérablement amenuisées par les critiques auxquelles elles ont donné lieu, il demeure néanmoins que la distinction des deux responsabilités se justifie pleinement sur plusieurs points.

SECTION II

Théories émises

Il y a lieu de remarquer, avant d'entrer dans l'examen des diverses théories émises sur la nature juridique de la responsabilité de l'avocat envers son client, que la plupart des auteurs ne se sont pas préoccupés, à proprement parler, de la responsabilité, mais plutôt de la nature juridique des obligations de l'avocat envers son client. Le problème est en réalité le même, car, rechercher le fondement de la responsabilité, c'est poser la question préjudicielle de la nature du lien qui unit le client et l'avocat, et la réponse que l'on donnera à cette question aura une influence certaine sur la solution du problème de la responsabilité.

La majorité des auteurs qui ont étudié la nature juridique de la responsabilité de l'avocat envers son client, ont abondé dans le sens contractuel, d'aucuns adoptant un type de contrat nettement catalogué et prévu par le Code Civil, d'autres préconisant l'existence d'un lien contractuel *sui generis*, innomé, obéissant toutefois à toutes les règles qui régissent le domaine contractuel.

Cependant, les partisans de la thèse contractuelle ont trouvé des adversaires qui ont estimé que les obligations professionnelles de l'avocat étaient extérieures à toute con-

vention et, partant, ne sauraient relever d'une responsabilité contractuelle.

Examinons successivement ces divers systèmes .

§ I. — LES THÉORIES CONTRACTUELLES

1° CONTRAT DE NATURE GRATUITE

Théorie du mandat

L'Ordre des avocats, soumis à une discipline sévère, édictée par le règlement intérieur de chaque Barreau, obéit à des règles professionnelles très strictes, dont l'infraction est immédiatement sanctionnée par le Conseil de l'Ordre, seul maître de son tableau. Aussi, le grand principe de désintéressement qui occupe une place d'honneur dans le Barreau, qui cristallise pour ses membres la haute conception morale qu'ils doivent avoir de leur fonction, et que le législateur lui-même a tenu à sauvegarder intact dans son décret du 20 juin 1920, a-t-il attiré les premiers auteurs qui se sont préoccupés de notre question, vers la notion de mandat, dont la nature essentiellement gratuite, leur a paru répondre le mieux à la situation spéciale de l'avocat.

Ils ont été, en outre, certainement influencés par le fait que la théorie de l'avocat mandataire était celle du droit romain. L'avocat était, en effet, alors, le représentant de droit de son client, et tous ses actes étaient considérés comme effectués par le client lui-même ⁽¹⁴⁾.

Il faut remarquer, cependant, qu'en droit romain le caractère de gratuité du service n'existait pas, et qu'on reconnaissait le droit de l'avocat aux honoraires. Ceux-ci n'étaient pas, toutefois, assimilés au prix ordinaire d'un

(14) ULPIN. — L. 6, D. mandati vel contra (17-50). Cf. sur la responsabilité des avocats en droit romain. GRELLET-DUMAZEAU: *Le Barreau romain*, Paris, 1851. — CH. DE FOUCHIER: *Règles de la profession d'avocat à Rome*, Paris, 1895.

service, puisque leur paiement devait être poursuivi, non par l'action du mandat, mais par une *persecutio extra ordinari* (15).

L'ancien droit adopta cette idée de mandat, notamment POTHIER (16), mais avec la différence que le mandat de l'avocat fut considéré comme entièrement gratuit, la profession d'avocat étant une fonction sociale élevée. Aussi bien POTHIER, pour expliquer juridiquement les honoraires qui pouvaient être acceptés par le défenseur, dut-il faire appel à une convention indépendante du mandat (17).

La parution du Code Civil ne modifia pas cette opinion, qui fut entérinée par de nombreux auteurs (18). Les motifs qu'ils invoquent sont les mêmes : caractère traditionnel de la théorie, et principe de gratuité de la fonction. Celle-ci, de par sa noblesse, repousse toute assimilation de l'avocat

(15) ULPIN. — L. 1, C. mandati vel contra (4-35).

(16) CŪJAS était cependant d'avis contraire. Il y voyait un louage d'ouvrage avec un prix, juste rémunération de la plaidoirie (Obs. Lib. II, Cap. 28 et Comment. in Lib. Respons. Papinian, ad leg., 7 mandati).

(17) Citons le passage fort connu de POTHIER à ce sujet, dans son *Traité du mandat*, n° 23: « Je vais trouver un célèbre avocat pour le prier de se charger de la défense de ma cause; il me dit qu'il veut bien s'en charger; je l'en remercie et je lui dis que pour lui donner une faible marque de ma reconnaissance je lui donnerai le « Thésaurus de Meerman » qui manque à sa bibliothèque. Il me répond qu'il accepte volontiers mon présent que je lui fais de si bonne grâce. Quoique je promette à mon avocat le « Thésaurus de Meerman », le contrat qui intervient entre nous n'en est pas moins un contrat de mandat, parce que ce que je lui promets n'est pas le prix de la défense de ma cause dont il se charge, étant quelque chose qui n'est pas appréciable. Ce mandat ne laisse pas d'être gratuit, parce que cet avocat n'exige rien pour se charger de l'affaire qui en fait l'objet. La promesse que je lui fais de ce « Thésaurus » qu'il a accepté est une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie et lui est étrangère ».

(18) TROPLONG. — *Du contrat de louage*, t. III, n° 791 s. — MARCADÉ: *Explication théorique et pratique du Code Civil*, art. 1779, n° 2. — DEMANTE et COLMET: *Cours analytique du Code Civil*, t. VIII, n° 204 bis. — MERLIN: *Répertoire*, v° Notaire, § 6, n° 4. — CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD: *Des droits d'enregistrement*, t. II, p. 443. — COLMET DE SANTERRE: *Traité des obligations*, t. VIII; 2. CHARVERIAT: *Annales de droit commercial*, II, 91 s. — DURANTON: *Cours de droit civil français*, t. III, n° 791 s.

à un salarié. Si des honoraires sont versés, ils ne sont qu'un témoignage de la reconnaissance du client, mais non pas la contrepartie juridique du service rendu. En outre, vouloir évaluer ce service en argent serait très difficile, seul le travail manuel pouvant recevoir un salaire. Le travail intellectuel de l'avocat est d'un potentiel beaucoup plus élevé, il répond à un idéal de justice et d'altruisme inconciliable avec toute idée de rémunération juridique obligatoire.

Telles sont les grandes lignes des arguments invoqués, et il convient de reconnaître, à travers les redondances de style, une thèse assez conforme aux usages du Barreau, qui a toujours été hostile à la poursuite en justice des honoraires, et qui a toujours placé les considérations matérielles au second plan ⁽¹⁹⁾.

Néanmoins, la thèse du mandat, aujourd'hui à peu près abandonnée, a été vivement critiquée, aussi bien sur le plan moral que sur le terrain juridique.

Ce sont, tout d'abord, les objections apportées à la notion de désintéressement, de gratuité de la profession, par les auteurs partisans de la théorie du louage de services. Ce désintéressement qu'ils stigmatisent, n'est, d'après eux, qu'une fiction, car, en fait, l'avocat réclame toujours ses honoraires, ne serait-ce que par la pratique de la provision. Ils repoussent, au surplus, l'argument de tradition de l'ancien droit, en invoquant, notamment, l'opinion de CUIJAS qui s'était inscrit en faux contre la théorie du mandat et la notion de service gratuit ⁽²⁰⁾.

(19) Un arrêt de la Cour d'Agen du 4 mars 1889 (D. 1890-2-281) semble confirmer cette thèse et admettre le mandat, sans toutefois l'adopter formellement, puisqu'il envisage aussi la possibilité d'une gestion d'affaire, et même l'absence d'un lien contractuel quelconque.

(20) Voir, en ce sens, DUVERGIER: *Traité du louage*, t. I et VI. — M. LAURENT dans ses *Principes de droit civil français*, t. XXVII, n° 335 et 337 exprime ainsi les critiques qu'il adresse à la théorie du mandat: « Nous ne savons si du temps de POTHIER il était d'usage d'offrir aux avocats,

Sur le plan juridique, les objections déterminantes que rencontre la thèse du mandat, suffisent à la repousser, sans même faire intervenir la critique de cette désuète division entre le travail « noble » et le travail « vil », à peu près ruinée aujourd'hui.

Les deux éléments constitutifs du contrat de mandat font, en effet, défaut dans les rapports de l'avocat et de son client que nous étudions : le Code Civil prévoit ⁽²¹⁾ que le mandataire doit accomplir un acte ou une série d'actes juridiques, et en second lieu qu'il doit être habilité à représenter le mandant, afin de l'obliger envers les tiers, et réciproquement.

Il est indiscutable qu'il n'y a pas représentation dans notre hypothèse. L'avocat n'engage point son client, il expose et développe simplement ses moyens de défense, en un mot, il ne plaide pas *au nom* de son client, mais *pour* lui. Il ne faut pas oublier, en effet, que nous envisageons exclusivement dans ce chapitre, la responsabilité de l'avocat qui exerce son activité professionnelle devant

en guise d'honoraire, le « Thésaurus de Meerman ». Il est certain que, de nos jours, on lui donne des billets de banque et comme les plaideurs pourraient bien oublier leur tribut de reconnaissance une fois la cause terminée, l'avocat exige, et il a raison d'exiger, que le client consigne une somme plus ou moins considérable suivant l'importance de l'affaire. Si l'on remplace le « Thésaurus de Meerman » par quelques billets de mille francs les choses changent subitement de face. L'honoraire ressemble à un salaire à ce point qu'il est difficile de les distinguer. Que la défense soit chose inappréciable en théorie, comme tout œuvre de l'intelligence, soit toujours est-il, qu'en fait, on l'apprécie et au besoin on la taxe. Où donc est la différence entre le salaire et l'honoraire ?.... Rien n'est plus faux que la prétendue distinction spiritualiste entre le travail mécanique et le travail intellectuel; il n'y a pas de travail purement mécanique sauf celui des machines, et l'homme n'est pas une machine, il est un être pensant et il met son intelligence dans tout ce qu'il fait. Gardons-nous de dire ou de faire croire que l'immense majorité des hommes livrés à un travail corporel soit au-dessous de ceux qui vivent de leur intelligence. Dire qu'assimiler le travail intellectuel au travail matériel c'est matérialiser les professions libérales, c'est presque dire que les professions mécaniques sont vouées au matérialisme. Il n'en est rien ».

(21) Art. 1984 et suiv.

les juridictions normales. Qu'est-ce à dire, sinon que le mandataire obligatoire, légal, du plaideur, c'est l'avoué. Il serait paradoxal de voir le client doublement représenté, alors que l'avocat n'a reçu ni expressément, ni tacitement un pouvoir semblable.

D'autre part, la plaidoirie n'étant pas indispensable au procès, n'est pas un acte juridique, mais un simple acte de fait, qui ne peut faire l'objet d'un mandat.

Enfin, dernier argument, les règlements intérieurs des Barreaux ont toujours unanimement interdit à l'avocat l'acceptation de tout mandat professionnel (22). Il serait assez curieux, en définitive, d'expliquer la nature juridique des rapports entre le client et l'avocat, par un système juridique qui est prohibé par la profession (23).

2° CONTRAT DE NATURE ONÉREUSE.

a) *Théorie du louage de services.* — C'est parmi les théories actuelles, celle qui connaît le plus de partisans (24).

(22) Si ce principe a subi une entorse à la suite des divers textes législatifs dont nous nous occuperons plus loin et qui accordent à l'avocat le droit de représentation devant un grand nombre de tribunaux d'exception, il reste que ce mandat *ad litem* légal est restrictif et ne saurait être assimilé à un mandat ordinaire et, en particulier, à celui des agents d'affaires. De toute façon, nous n'étudions pour le moment que la responsabilité de l'avocat devant les tribunaux ordinaires et dans ce cadre l'interdiction professionnelle conserve toute sa vigueur.

(23) Pour toute cette argumentation, voir GARSONNET: *Traité de procédure*, t. I, n° 255, 2^e édit., 1912, et la note GLASSON, sous Agen: D. 1890-2-281. M. GARSONNET conclut ainsi: « Que l'avocat plaide ou qu'il consulte, il n'est pas le mandataire de son client: il ne l'est pas, en fait, car le mandat est un contrat en vertu duquel une personne donne à une autre le pouvoir de la représenter et l'avocat, qui conseille son client et développe ses moyens de défense verbalement ou par écrit, ne le représente pas. En droit, il ne le représente pas davantage, car, d'un côté, les règles de sa profession lui interdisent, sous le nom d'agence d'affaires, l'acceptation habituelle de mandats simultanés ou successifs, de l'autre, le mandat même unique ou isolé, qu'il recevrait d'un client, le rendrait responsable de ses actes et comptable de sa gestion, toutes choses incompatibles avec sa profession ». Voir aussi BOISTEL: Note au Dalloz 1908-1-481.

(24) DUVERGIER. — Op. cit., t. I, p. 27 et suiv., t. VI, p. 284 et 297. — LAURENT. — Op. cit. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL: *Des contrats aléa-*

S'appuyant sur le principe que tout travail a droit à un salaire, sans s'inquiéter de savoir s'il s'agit d'un travail manuel ou intellectuel, elle admet l'équivalence des obligations de l'avocat et du client, la rémunération pécuniaire étant la contre-partie de l'assistance professionnelle. On se trouve en face d'un véritable louage de services, comparable à la location de travaux manuels, et obéissant aux mêmes règles.

« Alors que couramment et de temps immémorial, déclare M. BOISTEL ⁽²⁵⁾, les travailleurs intellectuels, médecins, professeurs, avocats, artistes, littérateurs, n'hésitent pas à stipuler une rémunération pécuniaire et cherchent souvent à s'assurer par avance la rentrée de leurs honoraires, il est difficile de soutenir qu'ils ne fournissent pas leur travail moyennant salaire et ne font pas un louage de services ».

« Les actes qui sont l'exercice d'une profession dite libérale peuvent-ils faire l'objet d'un louage ? se demande M. PLANIOL ⁽²⁶⁾. Nombre d'auteurs se refusent à le croire. Il semble qu'il y ait un déshonneur à parler de louage à propos de ces professions. Tel, qui rougirait d'accepter un salaire, touche très volontiers un traitement ou des honoraires. C'est un sentiment dû à l'éducation, ce n'est pas une idée rationnelle. Le travail, en lui-même, est ce qui fait la dignité de la vie. Mais, s'il est des occupations plus agréables que d'autres, cela n'influe en rien sur leur importance relative, au point de vue économique et social. Il y a de

toires, n° 378. — BASTINE: *Droit fiscal*, t. I, n° 528. — PLANIOL: *Op. cit.*, t. II, n° 1841. — GLASSON: Note sous-Agen, D. 1890-2-281. — BOISTEL: Note citée. — LABBÉ: Note au Sirey 1893-1-497. — HUC: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, t. X, n° 370 et suiv. — VIGIE: t. III, n° 936. *Contra*: Agen, 4 mars 1889, D. 1890-2-281. Aix: 14 juin 1905, D. 1906-2-99.

(25) Note sous D. 1908-1-481.

(26) *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., par G. RIPERT, t. II, numéro 1841.

l'enfantillage à s'en tenir à la distinction des arts serviles et des professions libérales. Ces dernières peuvent donner lieu aux mêmes contrats civils que le travail manuel ».

Même idée chez M. GLASSON ⁽²⁷⁾ : « Tout service peut recevoir une rémunération en rapport avec sa valeur, et peut, en d'autres termes, être évalué en argent. Ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est que les honoraires des avocats ne sont pas les mêmes pour tous, précisément parce que tous n'ont pas le même talent. De même, les tribunaux se permettent parfois de réduire les honoraires des avocats, nouvelle preuve qu'on peut établir un rapport pécuniaire entre le service rendu et son émolument. L'avocat est donc obligé envers le client auquel il a promis ses services, et, s'il manque à cette obligation, il peut être condamné à des dommages et intérêts, non par application des art. 1382 et 1383 du Code Civil, mais en vertu du principe suivant lequel toute obligation contractuelle se résout en dommages et intérêts si elle n'est pas accomplie par le débiteur » ⁽²⁸⁾.

La thèse est séduisante, et nous reconnaissons volontiers, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que la distinction du travail manuel et intellectuel est une objection sans portée véritablement efficace. Nous estimons, toutefois, que les membres des professions libérales, avocats et médecins, notamment, présentent dans leur fonction des caractéristiques spéciales, qu'il paraît difficile de vouloir « standardiser », et, de même qu'il est exagéré, actuellement, de les considérer comme sacrifiant totalement à l'intérêt général leurs intérêts particuliers, il est aussi excessif, inversement, de prétendre les assimiler à de véritables salariés. La théorie du louage de services se heurte, d'ailleurs, à l'esprit

(27) Note sous Agen, 4 mars 1889 (D. 1890-2-281).

(28) Nous apprécierons plus loin ce droit de réduction des honoraires et nous verrons que l'argument contractuel qu'en tire M. GLASSON n'est pas aussi péremptoire qu'il le prétend.

dont l'Ordre des avocats ne s'est jamais départi, et selon lequel le juste prix des efforts et des services de l'avocat ne saurait en aucune manière être assimilé à un salaire. Ce point de vue n'est certes plus motivé comme autrefois par l'archaïque notion de l'honoraire - tribut spontané de la reconnaissance. Le Barreau a su évoluer et s'adapter, et ce serait méconnaître cette évolution que de prétendre qu'il ne consacre pas aujourd'hui le droit légitime de l'avocat à recevoir des honoraires.

Mais la règle qu'il n'a cessé de maintenir, c'est que ces honoraires doivent être volontaires de la part du client, en d'autres termes, que celui-ci ne saurait se voir imposer l'obligation par aucune pression, soit directe, soit indirecte, de l'avocat.

Il est donc objectivement impossible, en l'état de notre législation positive, d'assimiler l'honoraire de l'avocat à un salaire, au sens juridique du mot, et par conséquent d'analyser les rapports avocat-client en un louage de services ⁽²⁹⁾. Cette thèse est, d'ailleurs, controuvée par son antimonie avec une analyse plus correcte de la situation de l'avocat, ainsi que l'ont fort bien montré MM. PLANIOL et RIPERT dans leur conception du problème que nous étudions.

(29) Mentionnons une troisième critique à la théorie du louage, émise par les partisans de la théorie du service public que nous étudierons un peu plus loin. Citons un passage de M. CLARO dans sa note au D. 1900-1-105: « Nous croyons que la thèse du louage de services, si séduisante qu'elle apparaisse dans sa simplicité juridique, ne peut être définitivement admise. La raison en est à nos yeux que l'avocat remplit un « office », qu'il est investi en quelque sorte d'une fonction publique lui conférant des droits qui sont en même temps des charges. Il est associé, dans une mesure que les lois récentes ont rendu de plus en plus large, à l'administration de la justice. Pour n'en citer que deux exemples, l'un ancien, l'autre récent, il est appelé à rendre des arrêts à la place des magistrats absents ou empêchés, il constitue l'un des rouages essentiels de l'instruction criminelle réorganisée sur les bases d'une publicité tutélaire pour l'accusé ».

b) *Contrat d'entreprise*. — Ces auteurs ⁽³⁰⁾, tout en adoptant, en notre sujet, la notion générale de contrat de louage, ont repoussé le louage de services et refusé l'assimilation au contrat de travail, avec la notion de salaire qu'il implique. MM. PLANIOL et RIPERT estiment que la location de services entraînant avec elle une subordination de celui qui fournit ses services à celui qui les loue, ainsi qu'une rémunération proportionnelle au temps de la location, il convient plutôt d'adopter ici la notion de contrat d'entreprise, dont la définition s'adapte beaucoup mieux à la situation de l'avocat. Alors que le louage de services est « le contrat par lequel une personne s'engage à travailler pendant un temps déterminé pour une autre, moyennant un prix proportionnel au temps » ⁽³¹⁾, le contrat d'entreprise est « celui par lequel une personne se charge d'accomplir pour une autre un travail déterminé, moyennant un prix calculé d'après l'importance du travail » ⁽³²⁾.

Cette dernière définition répond mieux à la situation de l'avocat, qui fournit une tâche déterminée: la défense de la cause, sans être soumis à un lien quelconque de subordination, et dont la rémunération est en rapport avec l'œuvre accomplie et non avec le travail fourni. Citons les propres paroles de MM. PLANIOL et RIPERT: « Dans deux des professions libérales les plus en vue, celle de l'avocat et celle du médecin, le contrat ordinairement fait avec le client n'est pas un louage, parce que le salaire n'est pas proportionnel au temps ; c'est alors une entreprise, rémunérée à tant par visite, par consultation, ou par plaidoirie ; mais l'assimilation entre les contrats faits dans les métiers proprement dits et dans les professions libérales ne cesse pas d'être exacte, encore bien qu'il puisse y avoir

(30) PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, par G. RIPERT, t. II, 11^e éd., n° 1841.

(31) Ibid., n° 1824.

(32) Ibid., n° 1897.

des différences de détail, à raison de l'objet de la profession, comme il en existe à raison de l'objet vendu, entre la vente d'un immeuble, la vente d'un office, et la vente d'une obligation de chemin de fer » (33).

Ces conclusions sont, au fond, voisines des précédentes, tout en ayant l'avantage de concilier le paiement des honoraires avec les principes traditionnels de liberté et d'indépendance qui veulent que l'avocat ne puisse consentir à se soumettre aux exigences de son client, afin que l'intérêt particulier de ce dernier ne risque, en aucune façon, de préjudicier à la probité et à la conscience professionnelles.

Encore que reconnaissant le mérite de cette conception, nous lui opposons néanmoins le même argument de législation positive que nous avons exposé plus haut. Le contrat d'entreprise implique, à l'instar du louage de services, une rémunération obligatoire au profit de l'entrepreneur, qui peut en poursuivre le paiement par tous les moyens que la loi met à sa disposition, et l'exécution de cette obligation n'est en rien modifiée par le fait que la rémunération est proportionnelle à l'importance du travail dans le premier cas, ou que le salaire est proportionnel au temps, comme dans la deuxième hypothèse. Or, nous avons montré le caractère tout spécial de l'honoraire dont la prestation n'est pas plus assimilable à un salaire qu'à la rémunération de l'entrepreneur.

Si donc, l'argumentation de MM. PLANIOL et RIPERT est exacte sur le plan théorique, il demeure néanmoins que, sur le terrain positif, l'avocat qui est soumis *légalement* aux règles intérieures de son Ordre, ne peut pas professionnellement être comparé à un entrepreneur ou à un salarié.

Nous aurons, d'ailleurs, l'occasion de revenir sur cette très délicate question des honoraires, que les auteurs ont

(33) Ibid., note 1 du § 1841. — Dans le même sens s'affirment MM. SABATIER, ROUAST et LEPARGNEUR, au PLANIOL et RIPERT: *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, n° 776.

généralement utilisée à faux, soit qu'ils aient fait intervenir des considérations périmées, soit surtout qu'ils aient délibérément négligé le plan disciplinaire dont l'incidence sur notre sujet est cependant efficiente.

c) *Contrat innomé.*

Certains auteurs, bien que partisans d'une solution contractuelle, se sont rendus compte de la difficulté qu'il y avait à faire entrer la situation de l'avocat dans un des cadres rigides prévus par le Code Civil. Aussi, ont-ils penché en faveur d'un lien contractuel *sui generis*, à caractéristiques particulières, répondant à la situation spéciale que créent les rapports de l'avocat et de son client ⁽³⁴⁾.

Procédant par élimination analytique des divers modes de contrat que nous avons examinés, ils rejettent successivement le mandat et le louage, en reprenant la plupart des objections déjà exposées.

L'obligation de l'avocat, bien que n'épousant aucune des formes nominatives légales de contrat, serait cependant parfaitement licite aux termes des art. 1107 et 1134 du Code Civil ⁽³⁵⁾, dans les limites de l'art. 6 du même code, c'est-à-dire de l'ordre public et des bonnes mœurs. En d'autres termes, l'engagement bilatéral de l'avocat et de son client serait un contrat innomé, pleinement valable en droit français.

(34) Cf. MOLLOT. — *Règles de la profession d'avocat*, 2^e éd., t. I, p. 8 et 13, t. II, p. 105 et suiv. — CRESSON: *Usages et règles de la profession d'avocat*, t. I, p. 20 et suiv. — PONT: t. I, n° 825. — GARSONNET, op. cit., t. I, 3^e éd., 1912, p. 422. — LÉON DEVIN: Discours du 18 novembre 1899, paru dans la Gazette des Tribunaux du 19 novembre 1899. — Comp. PAYEN et DUVEAU: *Les règles de la profession d'avocat et les usages du Barreau de Paris*, 1^{re} édit., 1926, n° 395.

(35) Art. 1107: « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui font l'objet du présent titre ». — Art. 1134: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Cette convention synallagmatique avec obligation bilatérale se rapprocherait par certains points du mandat, par certains autres du louage, avec plusieurs éléments nouveaux, spécifiques, tels que la nature particulière de la fonction de l'avocat, qui implique l'idée de service social, ou encore le paiement des honoraires distincts d'un salaire, et enfin le principe d'indépendance, qui doit passer avant les intérêts privés du client.

Ce contrat *sui generis* obéirait à des règles propres en ce qui concerne son exécution.

« On est en présence, déclare M. GARSONNET ⁽³⁶⁾, d'un de ces contrats innomés pleinement valables en droit français, qui obligent à tout ce qui est expressément ou tacitement prévu, et à toutes les suites que l'usage ou l'équité leur donne, et à l'exécution desquels une partie ne saurait se soustraire sans manquer à sa parole ou sans s'enrichir aux dépens de l'autre. De ce contrat découlent les droits et les obligations de l'avocat et de son client. »

Les mêmes idées sont reprises par M. CLARO dans sa dissertation sous un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, en date du 19 décembre 1899 ⁽³⁷⁾.

Un arrêt de la Cour d'Aix est venu apporter une confirmation à cette thèse. La jurisprudence étant rare sur la question théorique que nous étudions, il nous paraît intéressant d'en citer les attendus principaux : « Attendu qu'aucune assimilation ne saurait être permise entre l'avo-

(36) Op. cit., tome I, 2^e éd., n° 255.

(37) D. 1900-1-105 : « Nous croyons devoir nous rallier, dit M. Claro, à l'opinion qu'a de tout temps défendu le Barreau de Paris et que, tout récemment encore, affirmait le bâtonnier en exercice dans son discours de rentrée de la conférence des avocats. Parlant des travaux de l'avocat et après avoir repoussé l'idée de mandat... M^e Léon DEVIN ajoutait en effet : « Pourquoi n'y verrait-on pas un contrat innomé, définition souvent commode et exacte à la fois ? » Rien de plus juste, croyons-nous que cette opinion que l'arrêt recueilli de la Cour de Cassation consacre en ne reconnaissant à l'avocat « d'autre caractère que celui de défenseur ou de conseil ».

cat et l'agréé, ou le défenseur au tribunal de commerce, qui s'emploie à des travaux, occupations et démarches que les traditions de l'Ordre ont toujours fait apprécier comme incompatibles avec le caractère et le devoir professionnel de l'avocat,... qu'il est admis, en effet, par la doctrine et la jurisprudence que le mandat, soit verbal, soit écrit, gratuit ou salarié, sous quelque forme qu'il soit donné, est interdit à l'avocat; que la convention formée entre lui et son client ne peut être considérée comme un contrat de mandat, puisqu'en fait, l'avocat qui conseille son client et développe ses moyens de défense, ne le représente pas, conformément à l'art. 1984 du Code Civil, et, qu'en droit, s'il recevait un mandat de cette nature, l'avocat dont la profession est incompatible, aux termes de l'art. 42 de l'ordonnance du 20 novembre 1822, avec toute espèce de négoce, et particulièrement avec la profession d'agent d'affaires, deviendrait responsable de ses actes et comptable de sa gestion, conséquence évidemment inadmissible; que ce contrat n'est pas non plus un louage d'ouvrage, car il serait difficile de voir dans l'exercice de la profession d'avocat, libérale entre toutes, la location de services matériels, ou d'un travail normal; que c'est simplement un contrat innomé, pleinement valable, à l'exécution duquel on ne saurait impunément se soustraire » (38).

Cet arrêt aboutit donc à des conclusions positives, alors que les deux autres décisions que nous avons déjà signalées plus haut n'ont fait qu'effleurer le problème: l'arrêt de la Cour d'Agen semblant entériner la thèse du mandat (39), bien qu'envisageant d'autres solutions, et l'arrêt de la

(38) Aix, 14 juin 1905, S. 1906-2-99.

(39) Agen, 4 mars 1899, D. 1800-2-281. « Att. que, dans l'espèce, comme on ne saurait décider que c'est en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage et d'industrie que M^e X... s'est fait allouer des honoraires, il faut bien admettre que c'est en vertu d'un contrat de mandat ou de gestion d'affaires, à moins de déclarer que les rapports ayant existé entre Maître X... et son client sont dépourvus de tout caractère légal ».

Chambre civile de la Cour de cassation n'apportant qu'une solution négative puisqu'il rejette la théorie du mandat sans conclure plus nettement ⁽⁴⁰⁾.

Comme nous avons l'intention de faire plus loin la critique générale des thèses contractuelles, les objections que l'on peut adresser à la thèse du contrat innomé entreront naturellement dans le cadre de cette appréciation d'ensemble, puisque, par définition, le contrat innomé ne présente aucune caractéristique spéciale.

3° CONTRAT DE DROIT PUBLIC

Théorie de M. APPLETON

D'après M. APPLETON ⁽⁴¹⁾, l'erreur essentielle de tous les systèmes précédents consiste à placer le lien qui unit l'avocat et son client sur le terrain du droit privé, et à négliger un élément essentiel du problème, qui relève du droit public. La fonction de l'avocat étant avant tout une opération de service public, c'est entièrement s'égarer que d'analyser dans le cadre des règles du droit privé, une opération qui ressortit presque exclusivement au droit public. « Il ne faut pas oublier, dit l'auteur, que l'administration de la justice est un service public, que les consultations, mémoires et plaidoiries, font partie intégrante des opérations de ce service ; qu'en consultant et en plaidant l'avocat participe activement au service public, que c'est à ce titre qu'il est assujetti au serment, à une discipline spéciale, qu'il

(40) 19 décembre 1899. D. 1900-1-105, note CLARO: « Att. qu'en effet l'avocat n'a d'autre caractère que celui d'avocat ou de défenseur, ni d'autre mission que celle d'assister ses clients ou de soutenir leur cause par sa parole et ses écrits, mais qu'il ne tient de son titre aucun mandat à l'effet de les représenter en justice, qu'il est ainsi sans droit pour agir ou conclure en leur nom et qu'il n'a pas qualité pour faire des déclarations, des offres ou des aveux qui les obligent ».

(41) *Traité de la profession d'avocat*, n° 223.

porte un costume, qu'il jouit de certains privilèges et monopoles ».

Il faut donc comparer le rôle de l'avocat à celui du magistrat et, d'une façon plus générale, à celui du fonctionnaire d'un service public. Si certains éléments de droit privé ressortent cependant à l'analyse, ils ne sont que subsidiaires et ne peuvent modifier l'économie de la situation.

« Le droit public a ses lois propres, ses rapports juridiques, ses contrats spéciaux. Pour dégager les règles auxquelles il obéit, règles qui, généralement, ne sont pas écrites, ou ne sont qu'écrites en partie, la jurisprudence élabore pas à pas un travail de découverte et de promulgation du droit. Elle s'inspire avant tout, pour l'accomplir, des besoins des services publics, combinés avec ceux qu'exigent les principes généraux de l'équité.

» Si nous examinons à ce point de vue l'assistance en justice, nous nous apercevons bien vite qu'il faut y voir une opération auxiliaire du service de la justice. Cette opération peut présenter un caractère contractuel dans les rapports de l'avocat et de son client, mais pas nécessairement. C'est ainsi qu'on peut difficilement voir un contrat entre l'avocat et l'accusé qu'il doit défendre en Cour d'assises, lorsqu'il est commis à cet effet par le président ; entre l'avocat et le plaideur assisté judiciairement auquel il a été désigné comme défenseur par le bâtonnier. Dans ce cas, l'avocat ne peut, en principe, ni refuser son ministère, ni stipuler d'honoraires, il est astreint à un service public ».

Il y a donc pour M. APPLETON un contrat, mais un contrat de droit public dont les conséquences sont régies par les règles de ce droit. En particulier, la responsabilité de l'avocat liée à la considération de service obligatoire doit être appréciée à l'instar de celle des magistrats ou des fonctionnaires.

Les idées de M. APPLETON avaient déjà été émises, encore

que d'une façon plus succincte, par MM. CLARO ⁽⁴²⁾ et POTTIER ⁽⁴³⁾.

M. APPLETON aurait, d'ailleurs, pu faire état aussi de l'interdiction pour les avocats de faire grève, de cesser collectivement leur fonction auprès des tribunaux, prohibition analogue à celle qui frappe les fonctionnaires, au moins sur le terrain des principes.

Que penser de cette opinion ? Bien que nous ne contestions pas les notions dégagées par M. APPLETON, et qu'il soit indiscutable que l'avocat participe au fonctionnement du service public de la Justice, dont il est un des collaborateurs, il nous paraît que les conclusions qui en sont tirées ne répondent pas au problème même qu'elles prétendent résoudre, les bases sur lesquelles elles s'appuient étant pour ainsi dire extérieures aux obligations de l'avocat envers son client.

Et, tout d'abord, une première objection vient combattre l'assimilation de la responsabilité de l'avocat à celle des fonctionnaires. Ceux-ci, rappelons-le, n'engagent leur responsabilité personnelle que par une faute lourde ou un dol. Cela ne veut pas dire que la victime d'un dommage causé par la faute légère d'un agent de l'administration publique, ne sera pas indemnisée, puisqu'aussi bien, dans ce cas, c'est la personne publique qui se substituera à son agent, sur le terrain de la responsabilité civile et qui indemniserà le préjudice occasionné.

Or, aucun mécanisme analogue ne fonctionne pour

(42) Dans sa note sous Cass., Civ. 19 décembre 1899 au D. 1900-1-105: « L'avocat remplit un office, il est investi en quelque sorte d'une fonction publique lui conférant des droits qui sont en même temps des charges. Il est associé, dans une mesure que des lois récentes ont rendu de plus en plus large, à l'administration même de la justice... L'avocat étant revêtu de ce caractère particulier, l'intérêt de son client, s'il est son principal objectif, ne doit pas être le seul. Sa mission n'est pas seulement de servir ses clients, elle est encore d'éclairer le juge ».

(43) POTTIER. — Du droit des avocats et des avoués de représenter et plaider devant les tribunaux d'exception. *Th. Paris*, 1914, p. 28.

l'avocat qui supportera toujours personnellement la responsabilité qu'il peut encourir, sans qu'aucune collectivité juridique vienne l'alléger en aucun cas. D'autre part, l'exercice de la profession d'avocat implique, par définition, le grand principe d'indépendance dans l'accomplissement de la fonction, qui se traduit, notamment, par la liberté de l'avocat d'accepter ou de refuser son ministère. Le divorce est ici complet avec la situation du fonctionnaire dont l'activité professionnelle est obligatoire et qui ne saurait refuser d'accomplir une tâche qui entre dans ses attributions. Si l'avocat peut refuser à un client de plaider pour lui, un magistrat ne saurait s'abstenir de juger les affaires qui lui sont soumises. Certes, le principe de l'assistance judiciaire et de la commission d'office crée une véritable obligation pour l'avocat désigné, mais cette activité obligatoire ne joue qu'un rôle assez peu important dans la vie professionnelle de l'avocat, alors qu'aucune exception n'existe pour le fonctionnaire.

La jurisprudence a, d'ailleurs, décidé que les avocats n'étaient pas chargés d'un service public, en leur refusant le bénéfice de l'art. 224 du Code Pénal, quand ils sont outragés dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions ⁽⁴⁴⁾.

Enfin, et M. APPLETON lui-même se trouve fort gêné sur ce terrain ⁽⁴⁵⁾, ce sont uniquement les rapports entre avocat

(44) Douai, 10 novembre 1884. S. 1885-2-64.

(45) Son argumentation, en effet, laisse souvent apparaître le point faible de sa thèse: « Sans doute, dans ce cas (lorsque l'avocat n'est pas désigné en vertu de la loi sur l'assistance judiciaire), il pourra stipuler des honoraires, en débattre le chiffre, refuser même, sans donner de motifs, la cause qui lui sera affectée. Et ces diverses particularités laissent apparaître des rapports contractuels entre lui et le client. L'assistance en justice est donc avant tout une opération de service public, un élément contractuel peut s'y mêler, mais pas nécessairement... Il n'y a pas à distinguer, à ce point de vue, entre le cas où le client assiste son client et celui où il le représente. Si l'on tient à dire, dans le second cas, que la convention intervenue est un mandat ce sera en tout cas un mandat de droit public ».

et client qui sont ici en cause. Or, les notions de droit public liées à la fonction d'avocat s'appliquent surtout aux relations de l'avocat avec les autres collaborateurs du service de la justice, en particulier avec les magistrats. Si elles exercent une certaine influence sur les obligations que l'avocat peut contracter envers son client, ces dernières n'en relèvent pas moins essentiellement du droit privé et l'incidence des principes de droit public ne peut changer leur nature fondamentale.

§ II. — THÉORIES REJETANT L'IDÉE DE CONTRAT

Après avoir examiné les divers systèmes qui mettent un contrat à la base des rapports entre avocat et client, il nous reste à exposer l'opinion des auteurs qui refusent de classer les obligations de l'avocat dans le champ contractuel.

C'est ainsi que MM. AUBRY et RAU ⁽⁴⁶⁾ concluent à l'impossibilité d'un engagement obligatoire pour les membres des professions libérales : « Les actes dépendant d'une profession littéraire, scientifique ou artistique, déclarent-ils, ne sauraient, en eux-mêmes et directement, former l'objet d'un contrat, en ce sens que celui qui a promis n'est pas civilement contraignable à l'exécution de sa promesse. Ainsi, l'engagement pris par un médecin de traiter un malade ou par un avocat de défendre une cause, n'engage contre eux aucune action contractuelle, sauf, le cas échéant, la responsabilité à laquelle ils pourraient être soumis en vertu des art. 1382 et 1383 du Code Civil ». MM. AUBRY et RAU justifient alors le paiement des honoraires de la façon suivante : « D'autre part, si des actes dépendant d'une profession libérale ne sont pas en eux-mêmes susceptibles de former l'objet d'un engagement obligatoire pour celui

(46) *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 5^e éd., t. IV, n° 344 et t. V, n° 371 bis.

qui les a promis, ils n'en constituent pas moins, à raison des avantages qu'ils sont destinés à procurer, une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération faite par celui au profit duquel ils doivent être accomplis. Le terme *honoraire* par lequel on désigne cette rémunération en fait ressortir le caractère particulier ».

Dans le même sens, M. GUILLOUARD, après une analyse qui l'amène à rejeter aussi bien le mandat que le louage ⁽⁴⁷⁾, conclut : « L'engagement pris par un médecin de traiter un malade, par un avocat de défendre une cause, ne peut donner lieu contre eux à une action contractuelle ; ils pourront seulement encourir, suivant les cas, la responsabilité des dommages qu'ils auraient causés, par application des art. 1382 et 1383 ».

Nous ne développerons pas plus longuement ces considérations, car nous allons avoir à y revenir à propos de la solution que nous proposons de soutenir et qui, bien que différente de celle que préconisent MM. AUBRY, RAU et GUILLOUARD, n'en est pas moins fondée sur la critique de la notion de contrat en général dans son application à la responsabilité de l'avocat envers son client.

SECTION III

Critique générale des théories contractualistes

Nous n'avons pas l'intention de reprendre ici les objections particulières à chacune des thèses contractuelles que

(47) *Traité du contrat de louage*, 1885, t. II, n° 696, p. 217 : « L'exercice des professions libérales ne peut donner lieu à un contrat de louage de services car l'intelligence de l'homme n'est point dans le commerce et ses productions ne peuvent être la matière d'un contrat de louage. Il n'y aura pas non plus mandat, car le mandat suppose essentiellement, comme l'a dit avec raison M. DUVERGIER, en invoquant l'art. 1984, la représentation du mandant par le mandataire, et le pouvoir pour celui-ci d'obliger les tiers envers le mandant ou le mandant envers les tiers ».

nous venons d'examiner. Nous allons essayer, dominant un peu plus le sujet, de projeter sur lui les règles fondamentales qui commandent la notion de contrat, afin d'en dégager, par leur confrontation avec les éléments positifs caractéristiques de l'activité professionnelle de l'avocat, une solution aussi objective que possible, sans avoir, certes, la prétention de dirimer le débat.

Tous les systèmes contractualistes, quel que soit le type de contrat adopté, reposent sur deux principes essentiels : en premier lieu, le lien juridique qui unit l'avocat et son client est un contrat civil avec tous ses caractères et tous ses effets ; en second lieu, la responsabilité de l'avocat envers son client, née à l'occasion et dans le cadre de ce contrat, obéit aux règles de la responsabilité contractuelle.

Une double question se pose donc à nous :

1° Y a-t-il contrat entre l'avocat et son client ?

2° S'il y a contrat, y a-t-il responsabilité contractuelle ?

§ I. — Y A-T-IL CONTRAT ?

En ce qui concerne le mandat, rappelons brièvement nos conclusions : c'est la thèse la plus conforme au principe de désintéressement qui est une des règles professionnelles fondamentales de la profession d'avocat. Toutefois, la notion de représentation, élément constitutif indispensable à la formation du mandat, est une objection déterminante contre l'adoption de ce type de contrat, puisqu'aussi bien, devant les juridictions normales, le représentant légal et obligatoire du client ne peut être que l'avoué, l'avocat ne jouant qu'un simple rôle d'assistance.

En ce qui concerne la théorie de M. APPLETON, nous ne reviendrons pas davantage sur les objections auxquelles elle nous a conduit et qui nous ont amené à cette conclusion que l'explication fournie par cet auteur, accorde une place exagérée au côté social de la fonction au point de

négliger par trop le lien indiscutable de droit privé qui se forme entre l'avocat et ses clients.

Critique du contrat, quant à ses conditions de formation

Quant aux théories favorables à l'adoption d'un contrat à titre onéreux, rappelons que l'existence et la validité de toute convention de ce genre est subordonnée à la présence de certains éléments généraux, indispensables à la formation de tout contrat ⁽⁴⁸⁾, auxquels doit s'ajouter l'équivalence des prestations réciproques des parties, condition spéciale à la validité d'un contrat à titre onéreux. Il convient donc de se demander si ces conditions sont remplies dans notre hypothèse.

Deux des conditions générales de validité : le consentement et l'objet sont indiscutables en notre matière ⁽⁴⁹⁾. Il est bien évident qu'avocat et client sont d'accord, et que cet accord de volontés, tacite dans la majorité des cas engage, d'une part, l'avocat à la soutenance de la cause et, d'autre part, le client au paiement des honoraires.

Nous allons voir qu'il n'en est pas toujours de même pour les conditions de capacité et de cause.

La capacité

Pour donner naissance à un contrat valable, l'échange des consentements doit émaner de personnes civilement capables, c'est-à-dire, dans notre droit français, ayant atteint l'âge de vingt et un ans, âge de la majorité civile. Or, la possibilité de prêter le serment d'avocat et d'être inscrit à un Barreau n'est soumise à aucune condition de cette sorte. Pas plus le législateur, dans son décret du 20 Juin 1920 sur la profession d'avocat, que les règlements intérieurs des Barreaux, n'édicte d'interdiction motivée

(48) Ce sont le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

(49) L'objet doit être licite et moral. Il est ici le fait même de la plaidoirie, qui suffit à valider le paiement des honoraires.

par l'âge de celui qui sollicite son entrée dans l'Ordre. Seul, est requis le diplôme de licence en droit, sous réserve de certaines conditions de moralité de l'impétrant.

On peut donc être avocat, ou tout au moins avocat-stagiaire, encore que l'on n'ait point atteint sa majorité civile, et cette hypothèse se réalise couramment en pratique.

Or, le fait d'être inscrit à un Barreau, même en qualité d'avocat-stagiaire, implique le droit de plaider, d'écrire ou de consulter sans que la qualité de stagiaire amenuise en aucune façon les prérogatives fondamentales qui sont attachées à la fonction. Autrement dit, les avocats-stagiaires sont investis des mêmes droits que leurs confrères inscrits au grand tableau ⁽⁵⁰⁾.

Certes, les avocats-stagiaires plaident surtout des affaires d'assistance judiciaire qui excluent, a priori, la notion de contrat, par l'absence d'accord de volontés entre le client assisté judiciaire et l'avocat qui lui est désigné et qu'il ne connaît généralement même pas. Mais l'avocat-stagiaire n'en est pas moins autorisé à plaider des affaires personnelles, avec le simple consentement du Bâtonnier pendant la première année de stage. Comment, dès lors, admettre ici l'existence et la validité d'un contrat dont une des parties n'est pas civilement capable, alors que les droits professionnels étant identiques entraînent nécessairement les mêmes effets juridiques et la même responsabilité éventuelle que celle d'un avocat majeur ?

Admettre le contrat aboutit à le déclarer nul dans l'hypothèse que nous venons d'envisager. En réalité, aucune différence n'existe, sur le terrain positif, entre les effets juridiques de l'activité professionnelle de l'avocat mineur

(50) Cass. 31 mai 1911, D. 1914-1-214. Seules certaines prérogatives spéciales appartiennent exclusivement aux avocats inscrits: Consultations légales obligatoires (art. 467, C. C., art. 495 C. pr. civ.) suppléance des magistrats, élections au Conseil de l'Ordre. Sur ces points, cf. APPLETON, op. cit., n° 144 et PAYEN et DUVEAU, op. cit., n° 212.

et de l'avocat majeur ; leur responsabilité est la même. C'est là un argument en faveur d'une responsabilité de nature délictuelle qui, nous le savons, n'exige pas pour son déclenchement la majorité civile de son auteur.

Sans attacher plus d'importance qu'elle ne le mérite à cette première observation, nous allons voir que la condition de cause se heurte à des objections beaucoup plus sérieuses.

La cause. — La question du droit aux honoraires

Parler de la cause, c'est, dans notre sujet, apprécier le délicat problème du droit de l'avocat aux honoraires. Comme ce droit aux honoraires est le point le plus discuté du débat, nous jugeons utile de nous étendre assez longuement sur ce sujet, une information détaillée de la question étant nécessaire, si l'on veut en dégager une appréciation objective.

Dans tout contrat à titre onéreux, à l'obligation de chacun des contractants doit correspondre une contre-partie estimable en argent, cette contre-partie constituant la cause même de l'obligation. En sorte que, dans notre hypothèse, les services et l'assistance de l'avocat ne pourront faire l'objet d'un engagement contractuel véritable, que si la promesse par le client de verser des honoraires — cause de l'obligation de plaider — crée au profit de l'avocat un droit efficace, positif, au paiement de ces honoraires. Toute thèse adoptant la notion de contrat à titre onéreux postule nécessairement le droit absolu pour l'avocat de poursuivre en justice le client de mauvaise foi qui refuse d'exécuter son engagement.

L'avocat plaide le procès de son client parce qu'il a droit à une rémunération, et il doit plaider parce qu'on lui verse des honoraires.

Apprécions, tout d'abord, la portée exacte du droit de l'avocat aux honoraires.

Cette question est l'un des points les plus controversés dans la doctrine et qui n'a pas reçu encore de solution définitive.

La difficulté réside dans le divorce qui existe entre la jurisprudence et la tendance générale des Barreaux. Tandis que les tribunaux ont toujours reconnu sans hésitation le droit de l'avocat aux honoraires, sanctionnant le non paiement de ceux-ci par les moyens dont l'inexécution de toute obligation civile est assortie ⁽⁵¹⁾, les Barreaux, au contraire, ont toujours été hostiles, sinon irréductibles, à tout moyen de coercition destiné à obliger le client à honorer son défenseur. Cependant, il convient de souligner que si, autrefois, l'interdiction de poursuivre en justice le paiement des honoraires était absolue et générale — la sanction disciplinaire en étant la radiation pure et simple — une évolution s'est produite et la tendance majoritaire actuelle n'est plus aussi stricte. Il reste, en tout cas, que la plupart des règlements intérieurs, s'ils ne s'opposent pas, en principe, à la possibilité du recouvrement des honoraires par voie judiciaire, subordonnent l'action à certaines règles qui témoignent de la survivance de l'ancienne prohibition et qui aboutissent souvent en pratique à la même solution ⁽⁵²⁾. Un fait caractéristique est d'ailleurs le maintien par quelques-uns des plus grands Barreaux de France ⁽⁵³⁾ de l'interdiction absolue traditionnelle.

Si donc l'avocat ne jouit pas d'une liberté complète dans

(51) Nous ne citerons que la jurisprudence récente: Caen, 1^{er} mars 1902, D. 1903-2-207. Trib. Paix Boulogne-sur-Mer, 15 janvier 1904. G.P. 1904-1-345. — Valence, 20 février 1905. Pand. fr. 1905-2-197. — Dijon, 17 juillet 1905, D. 1907-2-369. — Alger, 31 décembre 1908. S. 1910-2-14. — Civ., 20 juin 1911, D. 1912-1-357. — Trib. Paix Saint-Amand, 26 juillet 1913, G. P. 1913-2-574.

(52) C'est ainsi que les Barreaux de Douai, Grenoble, Lille, Angers, Strasbourg et Nice subordonnent l'action à l'autorisation préalable du Bâtonnier ou du Conseil de l'Ordre.

(53) Paris (Arrêté du Conseil de l'Ordre du 15 juillet 1913), Lyon (art. 16 du règlement intérieur), Montpellier (art. 25).

le recouvrement de ses honoraires, son obligation contractuelle tombe, faute de cause, et partant, le contrat entre son client et lui n'existe pas.

Il ne nous appartient pas d'apprécier ici la position des Barreaux, ce serait manifestement dépasser le cadre de notre étude. Sans donc en rechercher le bien ou le mal fondé, nous avons simplement pour but de nous placer en face de notre droit positif actuel, afin d'en dégager une réponse concrète, objective, au problème de la responsabilité de l'avocat envers son client. Si le jeune Barreau abonde dans le sens d'un renforcement du droit aux honoraires, il ne nous est pas permis d'en tirer des conclusions prématurées et d'admettre, comme établie, une tendance qui se cristallisera peut-être effectivement dans l'avenir.

Devant la contradiction entre la jurisprudence et les règles de la discipline corporative, le véritable problème se résume, en fait, à savoir quelle est l'incidence exacte de la réglementation professionnelle intérieure sur la théorie contractualiste de la responsabilité de l'avocat envers son client.

M. WAHL, qui s'est spécialement préoccupé de la question des honoraires de l'avocat ⁽⁵⁴⁾, s'est posé en adversaire déterminé de toute restriction du droit de poursuite. Son argumentation s'appuie sur les conceptions successives de l'honoraire dans l'histoire du Barreau, qui montrent que si, en Droit Romain la réclamation des honoraires était interdite, l'ancien Droit en a affirmé au contraire la possibilité, consacrée aussi bien par le Parlement que par les Barreaux ⁽⁵⁵⁾. C'est cet argument historique dont se sert M. WAHL pour combattre le revirement postérieur des Barreaux en faveur de l'interdiction. Mettant, au surplus, en

(54) *Le droit des avocats aux honoraires*. Rev. Trim. de Droit civil, 1905, p. 497 et s.

(55) A l'exception du Parlement de Toulouse et du Barreau de Paris.

relief l'évolution récente du Barreau de Paris, l'un des plus traditionnalistes, qui, par arrêté du Conseil de l'Ordre du 13 juin 1899 ⁽⁵⁶⁾, tout en continuant à interdire implicitement toute réclamation judiciaire, formule, sans ambiguïté, que l'honoraire est un *droit* pour l'avocat, M. WAHL conclut que le droit aux honoraires est un droit absolu.

Cette argumentation est, à notre sens, erronée, car elle commet une confusion sur le sens exact, positif, du « droit » aux honoraires. Ce que combat surtout M. WAHL, c'est la prétendue notion de gratuité du service rendu par l'avocat. Or, actuellement, tous les Barreaux sont d'accord pour rejeter la vieille notion de l'honoraire-présent, tribut spontané de la reconnaissance, et pour reconnaître que l'honoraire correspond à la juste rémunération des services de l'avocat ⁽⁵⁷⁾. Mais, si la notion de gratuité est complètement désuète — sauf, bien entendu, en matière d'assistance judiciaire — le grand principe de désintéressement a conservé toute sa vigueur traditionnelle ⁽⁵⁸⁾. Il n'est, d'ailleurs, de preuve plus sensible que la volonté du législateur sur ce point, qui, récemment, par le décret du 20 juin 1920, a entendu maintenir intacte cette norme fondamentale de la profession. L'article 16 du dit décret déclare, en effet, que les attributions légales du Conseil de l'Ordre consistent notamment « à maintenir les principes de modération, de désintéressement et de probité sur lesquels repose l'Ordre

(56) Rapporté par CRESSON: *Abrégé des règles de la profession d'avocat*, p. 136.

(57) Plusieurs textes légaux confirment ce droit aux honoraires: le décret du 16 fév. 1807 (art. 80 et 82) qui accorde à la partie gagnante le droit de recouvrer une certaine somme représentant les honoraires de l'avocat; la loi du 5 septembre 1807 (articles 2 et 4) qui accorde à la créance de l'avocat, en toute matière, un privilège qui passe avant celui des frais de justice; la loi du 31 décembre 1921 qui organise la perception d'un droit de plaidoirie.

(58) D'ailleurs, M. WAHL le reconnaît lui-même: « Le désintéressement s'entend simplement en ce sens que l'avocat doit réclamer ses honoraires avec tact sans employer aucune formule comminatoire et sans s'adresser à la justice ». *Op. cit.*, n° 19, p. 513.

des avocats ». Or, le maintien du désintéressement est une expression vide de sens, si l'on rejette délibérément la seule application qui en est la traduction immédiate : la réglementation de la poursuite des honoraires en justice.

Sur le terrain de la discipline professionnelle, la tendance actuelle est la suivante : le client a « l'obligation » d'honorer son avocat, celui-ci peut « recevoir » la rémunération qui lui est « due », mais le désintéressement et la dignité corporative s'opposent à ce que l'avocat donne naissance à un débat public où seraient appréciées par ceux-là même qui sont en contact quotidien avec lui, la valeur de sa plaidoirie et la notoriété de son talent. Ce serait anéantir l'indépendance de la profession et nuire inévitablement à la bonne administration de la justice.

Juridiquement, l'avocat peut, certes, intenter l'action, qui sera, sans aucun doute, admise par les juges, mais il s'abstiendra de le faire s'il ne veut point encourir la juste censure du Conseil de l'Ordre, que la loi elle-même a institué seul gardien du principe du désintéressement et, partant, juge souverain des sanctions disciplinaires destinées à en assurer le respect.

Que faut-il inférer de toutes ces considérations ? Faut-il, avec M. WAHL, déclarer que la solution de la jurisprudence est la seule solution juridique, et que les décisions des Conseils de l'Ordre sont illégales ou entachées d'excès de pouvoir ⁽⁵⁹⁾ ? Nous ne le pensons pas et nous ne voyons pas non plus d'illogisme à ce que les tribunaux reçoivent l'action en paiement des honoraires et sanctionnent en même temps ou laissent sanctionner par le Conseil de l'Ordre l'infraction au règlement intérieur.

Cette dernière solution n'est pas illégale, puisque c'est la loi elle-même qui reconnaît et établit officiellement la dis-

(59) Comp. l'opinion développée au Dalloz, Rép. V^o Avocat, Suppl., n^o 120.

cipline corporative. Le décret du 20 juin 1920 est significatif puisqu'il s'intitule « Décret sur l'exercice de la profession d'avocat et la *discipline* du Barreau ». Il ne faut pas oublier, d'autre part, que cette discipline ne s'impose pas aux avocats en ce sens que ceux-ci, en choisissant leur profession et en sollicitant leur entrée dans l'Ordre, s'engagent librement à l'observer.

Le pouvoir réglementaire du Conseil de l'Ordre ayant son fondement dans la loi, et nul ne pouvant être avocat s'il n'est inscrit à un Barreau, il est normal que les tribunaux appliquent les principes du droit commun aux avocats, sans préjudicier à l'application des sanctions intérieures dont le domaine est hors de leur compétence ⁽⁶⁰⁾.

La jurisprudence de la Cour de cassation est, d'ailleurs, fort nette à ce sujet. Dans un premier arrêt ⁽⁶¹⁾, ayant été saisie d'un pourvoi contre une décision d'un Conseil de l'Ordre qui avait prononcé la peine de l'avertissement contre un avocat qui avait réclamé judiciairement ses honoraires, elle a affirmé nettement la légalité du pouvoir réglementaire du Conseil de l'Ordre: « En appréciant, déclare la Cour suprême, le mode d'action employé par un avocat pour obtenir le paiement de ses honoraires et la manière dont il a violé ses devoirs professionnels, un Conseil de l'Ordre ne peut commettre aucun excès de pouvoir, il ne sort pas des limites de sa compétence. » Le pouvoir d'appréciation des juges ne peut donc porter que sur le fait et non sur la décision de principe du Conseil. Celle-ci est sans appel, et ce n'est que son application à l'espèce elle-même, aux circonstances de fait qui sont à l'origine de l'infraction qui entre dans la compétence des juges d'appel ⁽⁶²⁾.

(60) En ce sens: PAYEN et DUVEAU, op. cit., n° 439 et s. — Comp. APPLETON, op cit., n° 232.

(61) Cass. Req., 4 janvier 1853: D. 1853-2-149.

(62) Dans ce sens: CRESSON, op. cit., t. I, p. 308. — BOULANGER: Note sous Bordeaux, 10 avril 1861. S. 1861-2-530.

La Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt plus récent ⁽⁶³⁾, relatif à l'interprétation de la loi sur l'assistance judiciaire, a confirmé nettement ce point de vue, d'une façon d'autant plus intéressante qu'elle reconnaît que l'interprétation d'une loi inspirée uniquement par l'intérêt des tiers ne peut cependant battre en brèche la réglementation disciplinaire des Barreaux : « Attendu qu'un avocat peut être librement choisi par l'assisté judiciaire et qu'il ne saurait encourir une peine disciplinaire pour avoir reçu la rémunération de ses soins, *à moins qu'il n'ait ainsi contrevenu aux règles qui sont en usage au Barreau dont il est membre*. » ⁽⁶⁴⁾

Dégageons la conclusion de toutes ces considérations. Le règlement intérieur, élaboré par le Conseil de l'Ordre de par la volonté formelle du législateur et dans les limites fixées par lui, est une sorte de loi interne, souveraine sur le terrain professionnel et disciplinaire. Or, nous avons montré que la tendance générale des Barreaux, sans être irré-

(63) 13 juillet 1908, S. 1910-1-22.

(64) Il nous paraît intéressant de citer un arrêt de Bordeaux du 10 avril 1861 (S. 1861-2-530) en sens contraire : « Att., dit-il, notamment, que les avocats ont comme tous les autres citoyens le droit d'exiger la juste rémunération de leurs travaux, que l'action qu'ils forment à cet effet n'étant que l'exercice d'un droit parfaitement légitime ne saurait les exposer à un blâme, à une peine disciplinaire, pourvu qu'ils n'en fassent pas un abus contraire à la dignité de leur profession. »

Cet arrêt a confondu les pouvoirs respectifs des tribunaux et des Conseils de l'Ordre. M. BOULLANGER, dans sa note sous cet arrêt, en tire des conclusions fort justes : « Si la tradition suivie par certains conseils de discipline, quant à la question des honoraires, doit être ainsi reléguée au rang des usages surannés, il en est d'autres, aussi, qui devront subir le même sort. Il y a, en effet, bien des actes que la loi commune permet à tout le monde et que, cependant, l'usage de certains barreaux interdit aux avocats comme incompatibles avec l'honneur et l'exigence spéciale de leur profession. Est-il donc prudent de chercher à détruire toutes les traditions ou à en amoindrir l'autorité morale, en les déclarant sans harmonie avec nos mœurs et en refusant de respecter les décisions de discipline intérieure qui en assure le maintien et le respect ? L'honneur des Barreaux, qui importe aussi à la magistrature, y est peut-être plus intéressé qu'on ne paraît le supposer. »

ductible, n'en est pas moins hostile à l'action en justice pour le recouvrement des honoraires, et que les règles préjudicielles à toute poursuite aboutissent, en fait, à rendre exceptionnelle toute réclamation forcée.

En droit positif, le droit de l'avocat au paiement de ses honoraires est donc, sinon théorique, du moins singulièrement affaibli, et il est certain que tout avocat conscient de la dignité de sa fonction s'abstiendra, en dernier lieu, d'assigner son client récalcitrant. La situation spéciale de l'avocat ne permet donc pas de l'assimiler à un contractant ordinaire qui peut exiger par tous les moyens légaux l'exécution de la contre-prestation de son engagement, sans qu'il puisse en résulter un préjudice pour lui.

Un corollaire du principe que nous venons de dégager se trouve dans l'art. 1597 du Code Civil ⁽⁶⁵⁾ qui interdit aux avocats de se rendre cessionnaires de droits litigieux. Le type de ces conventions prohibées est le pacte de *quota-litis* qui peut se définir la convention par laquelle le client s'engage à verser à l'avocat à titre d'honoraires une quote-part de la somme que les tribunaux lui accorderont.

L'interdiction de ce pacte, qui associerait l'avocat aux chances du procès et le rendrait partie intéressée, montre que le législateur se pose implicitement en adversaire de la conception contractuelle, puisqu'il prohibe toute convention à but lucratif ou commercial. C'est une nouvelle confirmation légale des principes de désintéressement et d'indépendance.

(65) Art. 1597 du Code Civil: « Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires ne peuvent devenir cessionnaires de procès, droits et actions litigieux, qui sont de la compétence du Tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts. » L'expression « défenseurs officieux » désigne les avocats, dont l'Ordre n'était pas encore reconstitué en 1804.

Enfin, dernière considération, l'art. 1134 du Code Civil consacre l'inviolabilité des stipulations conventionnelles. L'intervention du juge dans le contrat est exceptionnelle et la théorie de la lésion est d'application stricte ⁽⁶⁶⁾. Or, la jurisprudence s'accorde un pouvoir discrétionnaire pour réviser les honoraires, non seulement lorsque c'est le client qui intente une action en réduction, mais même d'office, dans le cas, par exemple, où c'est l'avocat qui réclame le paiement des honoraires convenus et où leur chiffre n'est même pas contesté par le client ⁽⁶⁷⁾. Cette intervention montre que, si la jurisprudence considère l'honoraire comme la rémunération des services de l'avocat, elle semble implicitement admettre que ces services ne sont pas cependant de nature contractuelle.

On pourrait nous objecter, sur ce dernier point, que c'est en général, par des manœuvres dolosives que l'avocat obtiendra des honoraires abusifs et que le dol, vice du consentement, annule le contrat qui en est entaché. Mais la jurisprudence n'annule pas, elle se contente de réviser, ce qui n'est pas la même chose.

En résumé, nous venons de voir que les thèses contractuelles se heurtent, en notre matière, à l'existence légale d'une réglementation professionnelle qui modifie notamment, la question du droit aux honoraires. Si ces derniers sont bien la contre-partie du service rendu, il n'en reste pas moins que les usages réglementaires de l'Ordre des avocats, en enlevant toute force coercitive à leur recouvrement, s'opposent à toute conception se réclamant de la notion de contrat à titre onéreux. Le fait de l'interdiction

(66) L'application de la théorie de la lésion n'est possible qu'en matière de partage, de vente et de donation.

(67) Dijon, 24 janvier 1842: Dalloz, Rép. V^o Avocat, n^o 246. — Cass. Crim., 11 février 1867, D. 1868-5-248. Limoges, 24 juin 1874. D. 1876-2-161. — Agen, 4 mars 1889, D. 1890-2-281, note GLASSON.

professionnelle de recourir à une exécution forcée de l'obligation, ou, tout au moins, le caractère exceptionnel de l'autorisation, ne peut s'accommoder de la définition même du contrat à titre onéreux.

Or, il ne nous paraît pas possible, actuellement, de considérer comme nulle l'incidence du statut professionnel sur les rapports de l'avocat et de son client. Ce serait, non seulement ne tenir aucun compte de la réalité, mais encore, nous l'avons montré, méconnaître le point de vue strictement légal.

Critique du contrat quant à ses effets

Abandonnant cette question des honoraires, examinons, sous un angle analogue, la question des effets de la prétendue convention qui lierait l'avocat à son client.

Tout contrat, dès qu'il est conclu, engage les parties à toutes les conséquences qu'il comporte, et toute violation unilatérale est sanctionnée par des dommages et intérêts. Or, une règle unanimement admise, aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence, et qui se fonde sur le principe d'indépendance de la profession, veut que l'avocat puisse, encore qu'il ait accepté un dossier et promis de le plaider, changer d'avis et refuser après coup son ministère, même après un commencement d'exécution, sans qu'il ait à fournir de motifs à son client, et sans que celui-ci puisse lui en demander compte. N'est-ce pas là une violation unilatérale évidente du contrat, ou plutôt un argument nouveau contre la conception contractuelle ? Certes, la limite du droit d'abandonner la cause est fixée par l'abus même qui peut être fait de ce droit, et nous verrons dans notre seconde partie, consacrée aux applications pratiques de la responsabilité civile de l'avocat, que l'abandon intempestif de la cause (par exemple, l'abandon qui ne laisse pas au client le temps de trouver un autre défen-

seur) entraîne la responsabilité de l'avocat fautif; mais cette hypothèse relève de la théorie de l'abus du droit, c'est-à-dire, par définition, du domaine délictuel.

Les partisans d'une responsabilité de nature contractuelle ont bien essayé de réduire cette entorse nouvelle aux règles générales de la responsabilité contractuelle, et pour cela ils ont fait appel à la théorie des obligations conditionnelles. La possibilité d'abandon s'analyserait ici en une acceptation conditionnelle de l'avocat, l'obligation d'assurer la défense se trouvant subordonnée à l'intervention éventuelle d'un fait nouveau qui, par l'entrave qu'il serait susceptible d'apporter à la liberté d'action de l'avocat, constituerait un véritable vice rétroactif du consentement. En réalité, cette explication n'est pas absolument dirimante, en ce sens que, si, pratiquement, le droit d'abandon peut se contenter de cette justification, l'avocat a, cependant, un droit beaucoup plus vaste, puisqu'il peut décider de cesser son ministère en l'absence complète de tout motif, et que la condition suspensive qui vicie le consentement est alors inexistante.

Pour terminer, ajoutons encore à l'encontre des thèses contractualistes, qu'en ce qui concerne plus spécialement les membres du Barreau, il convient de tenir compte du rôle de collaborateurs d'un service public que remplissent les avocats, rôle auquel M. APPLETON donne une importance prédominante. Cette notion de service public dont l'assistance judiciaire et la commission d'office sont des applications légales, se traduit pour l'avocat par une obligation impérative de participer au fonctionnement de la justice gratuite, au profit de ceux qui n'ont pas les ressources suffisantes pour assurer leur défense ou celle de leurs intérêts. De l'interdiction de réclamer des honoraires dans ce cas, il résulte que l'avocat rend un véritable service gra-

tuit ⁽⁶⁸⁾ et l'antinomie d'une conception contractuelle est ici manifeste, puisque le client ne choisit pas son avocat, mais qu'on le lui désigne. Et, cependant, l'avocat agira professionnellement envers un client assisté judiciaire, exactement comme envers un client payant, et sa responsabilité obéira à des règles identiques.

Il est donc difficile, en notre sujet, de conclure objectivement à une unité contractuelle parfaite. Sans aller aussi loin que M. APPLETON qui, nous l'avons vu, veut soumettre aux règles du droit public les rapports avocat-client, nous estimons que ces rapports, malgré qu'ils comportent, en général, l'existence d'un accord de volontés dans un but déterminé, ne peuvent se satisfaire d'une explication contractuelle dans laquelle ils se trouvent étriqués et engoncés ⁽⁶⁹⁾. Seule la thèse du mandat aurait pu s'adapter à notre hypothèse, si les objections déterminantes que nous avons exposées n'en interdisaient l'adoption.

§ II. — Y A-T-IL RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ?

Notre préoccupation dominante étant la recherche de la responsabilité de l'avocat, il nous faut maintenant analyser les caractères de cette responsabilité afin de nous rendre compte si, même en admettant, *a priori*, une conception contractuelle, les règles de la responsabilité contractuelle en seraient une conséquence logique.

Ces règles conduisent aux conclusions suivantes : le client qui prétendra avoir subi un dommage du fait de son avocat devra apporter une double preuve :

(68) Car l'on ne peut prétendre que l'indemnité minime qui lui est allouée soit un paiement réel du service qu'il rend, d'autant plus que dans de nombreux Barreaux, ce droit de plaidoirie est versé à la Caisse de prévoyance de l'Ordre.

(69) Dans le sens de ce qu'un accord de volontés ne constitue pas nécessairement un contrat, cf. Jèze: Principes généraux de droit administratif, 3^e éd., 1925.

1° La preuve du contrat, qui ne présentera aucune difficulté, puisque nous admettons, *a priori*, l'existence d'un contrat;

2° La preuve du préjudice, qui sera beaucoup plus difficile à établir. En effet, le client ayant, il ne faut pas l'oublier, comme seul représentant légal son avoué, les déclarations de l'avocat ne lient pas le plaideur dont il défend les intérêts. C'est à l'avoué de réparer les erreurs ou les omissions préjudiciables que l'avocat peut commettre au cours de sa plaidoirie. En outre, le client devra prouver, qu'à sa place, un autre avocat aurait obtenu un meilleur résultat, chose à peu près impossible, sauf en cas d'erreur ou de négligence vraiment grossière.

Enfin, si le client apporte cette preuve, il ne sera dédommagé que du préjudice immédiat et matériel, prévisible au moment où la convention a été conclue.

Trois raisons principales motivent, à notre sens, même en admettant l'existence d'un lien contractuel entre avocat et client, le rejet d'une responsabilité de nature contractuelle.

a) D'abord, la prestation de l'avocat, d'une nature toute particulière, ne consiste nullement en l'exécution d'un fait matériel, ou d'un transfert, qui constituent l'objet normal d'une obligation de nature contractuelle. L'obligation de l'avocat est la mise en service de qualités et de connaissances professionnelles au profit d'une cause ou d'un dossier déterminé. Or, du fait que ce dossier correspond à une situation de fait préétablie dont les éléments sont déjà acquis, l'assistance de l'avocat ne conduira pas nécessairement à une solution favorable aux intérêts du client. En

d'autres termes, l'obligation de l'avocat est une obligation de moyen, mais non de résultat ⁽⁷⁰⁾.

Il est donc inexact de parler de responsabilité contractuelle, qui, nous le savons, est engendrée par le fait de l'inexécution de l'engagement. La faute contractuelle est une faute sans nuance, c'est l'absence d'exécution. Or, le client ne se plaindra qu'exceptionnellement d'une inexécution, et encore avons-nous vu, au sujet de l'abandon de cause, que seule une sanction de nature délictuelle était possible dans l'hypothèse où l'avocat aurait commis un abus du droit d'abandon. Le client excipera normalement d'une activité fautive de l'avocat, c'est-à-dire d'une mauvaise exécution, et sa responsabilité ne pourra même naître qu'à l'occasion de cette exécution, puisque son obligation est une obligation de moyen.

Il convient donc de distinguer l'inexécution pure et simple de la mauvaise exécution, cette dernière hypothèse sortant du domaine de la responsabilité contractuelle ⁽⁷¹⁾.

(70) Critérium de M. DEMOGUE: *Traité des obligations*, t. V, n° 1237. Même conception chez MM. PLANIOL et RIPERT: *Traité pratique*, t. VI, par P. ESMEIN, p. 522: « Un avocat, un professeur, un médecin et même un mandataire, un architecte, ne s'engagent pas, d'après les usages, à procurer certain résultat, mais simplement à effectuer certain travail tendant à l'obtenir. Le juge apprécie, en cas de contestation, s'ils ont apporté la diligence et la science voulues. On ne peut dire qu'ils soient présumés en faute ».

(71) En ce sens: JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., t. II, n° 485: « Lorsqu'une obligation contractuelle est inexécutée (nous ajoutons ou mal exécutée) par suite de dol, fraude ou mauvaise foi de l'une des parties, est-ce bien la responsabilité contractuelle qui entre, en jeu? Ou bien ne faut-il pas dire que le dol et la fraude, faisant échec à toutes les règles du droit conventionnel, le coupable n'est plus placé sous la protection du contrat et doit subir l'application du droit délictuel, plus rigoureux pour lui, plus complètement sanctionnateur de la faute commise ».

M. H. MAZEAUD, dans un article paru à la *Revue trim. de Droit civil*, 1929, p. 612, bien que plus attaché à la notion de contrat, aboutit, à peu près, aux mêmes conclusions (Notons que M. MAZEAUD n'envisage pas le cas de l'avocat, mais des hypothèses voisines, dans lesquelles l'existence du contrat est incontestée): « Une jurisprudence, à peu près

Il ne nous paraît pas impossible, en effet, de faire jouer à l'occasion du contrat, tantôt la responsabilité contractuelle, tantôt la responsabilité délictuelle, celle-ci résultant de l'inexécution, celle-là de la mauvaise exécution de la prestation. La responsabilité contractuelle n'a sa source que dans le cadre étroit des obligations prévues par le contrat et la notion de faute y est singulièrement rétrécie. Aussi bien, dès que l'application de la responsabilité contractuelle apparaît douteuse, la responsabilité délictuelle doit-elle s'y substituer. Cette dernière est fondée, en droit français, sur la faute de l'auteur du dommage. L'avocat étant débiteur d'une obligation de moyen, ce sera sa faute dans l'exécution qui engagera sa responsabilité, mais non

constante, invoque l'art. 1382 du Code Civil pour apprécier la responsabilité des médecins, notaires, architectes, entrepreneurs, etc... vis-à-vis de leurs clients. Il semble cependant que la victime a, cette fois, tout intérêt à se placer sur le terrain contractuel. Ne sera-t-elle pas, en effet, dispensée de prouver la faute du médecin, notaire, etc., auquel elle s'est adressée? Faut-il alors voir dans cette jurisprudence l'abnégation du principe aux termes duquel, lorsqu'un contrat a été passé entre l'auteur du dommage et la victime, et que le préjudice résulte de l'inexécution de ce contrat, la victime peut se prévaloir des règles de la responsabilité contractuelle? Nous ne le pensons pas. En réalité, les tribunaux, lorsqu'ils invoquent, ici, l'art. 1382 du Code Civil, entendent seulement dire que le contrat passé avec le client impose au médecin une prudence ordinaire, celle qu'exige de tout le monde l'art. 1382 du Code Civil. Ils recherchent, alors, si le médecin a fait montre de cette prudence, mais n'ont nullement la pensée de sortir du domaine contractuel. La preuve, c'est qu'ils déclarent le client contractuellement responsable de l'inexécution de ses obligations. Comment pourrait-il en être différemment de l'autre partie? Cependant, dira-t-on, l'application de l'art. 1382 oblige la victime à prouver la faute du médecin; si l'on est en matière contractuelle, elle doit être dispensée de cette preuve. L'objection n'est pas sans réplique. La victime sur le terrain contractuel doit prouver l'inexécution du contrat. Quand fait-elle cette preuve? Non pas quand elle démontre seulement que le médecin ne l'a pas guérie, le médecin n'assume pas l'obligation de guérir le malade, pas plus que l'avoué n'assume celle de gagner le procès à son client. Il a seulement l'obligation de donner des soins ou des conseils prudents. C'est à la victime d'établir qu'il n'a pas apporté la prudence désirable. C'est seulement en faisant cette preuve qu'elle démontre l'inexécution du contrat. »

l'exécution elle-même. On est donc, à notre avis, sur le terrain délictuel.

b) Une seconde objection à une responsabilité de nature contractuelle réside dans la question de la preuve. Nous venons de voir que le client qui reproche à l'avocat d'avoir mal défendu ses intérêts, soit par erreur, soit par négligence, se plaint d'une mauvaise exécution de son engagement. Or, la responsabilité contractuelle ne nécessite de la part du demandeur aucune preuve dans le cas d'inexécution, si ce n'est la preuve de cette inexécution, fait matériel facile à démontrer. La responsabilité contractuelle est alors engagée directement, le défendeur supportant le poids d'une présomption de faute, qu'il devra détruire pour s'exonérer de la responsabilité.

Dans notre hypothèse, il n'y a pas inexécution, mais mauvaise exécution de la part de l'avocat. Il apparaît, tout de suite, que ce dernier ne pourra voir sa responsabilité directement engagée par la simple affirmation du client prétendant que son défenseur n'a pas rempli son rôle comme il aurait dû le faire. Il s'agit, en effet, d'une appréciation subjective et non plus d'un fait qui tombe sous les sens, comme l'inexécution. Il est donc impossible de statuer sur la responsabilité de l'avocat avant que le client n'ait apporté la preuve de la faute de son défenseur. Le fardeau de la preuve est donc renversé et, bien que sur le terrain contractuel, ce sont les règles de la responsabilité délictuelle qui s'appliquent.

Cette contradiction n'est, à notre sens, qu'apparente, étant donné, nous l'avons déjà dit, que la responsabilité contractuelle doit être limitée au cadre strict de l'inexécution — dont la majorité des contrats relèvera d'ailleurs — mais que notre hypothèse déborde normalement, car il s'agit d'interpréter la façon dont l'obligation a été exécutée, ce

qui entre dans le domaine de la responsabilité délictuelle.

Il est intéressant de comparer ici la jurisprudence qui s'applique à une situation très voisine de celle de l'avocat: celle du médecin, et qui vient confirmer notre point de vue.

Les tribunaux n'hésitent pas, en effet, à déclarer un médecin responsable délictuellement du préjudice causé à ses clients, soit par une erreur de diagnostic, soit par des soins défectueux ⁽⁷²⁾. Or, la comparaison est on ne peut plus étroite, d'une part, entre le diagnostic du médecin et la consultation de l'avocat, et d'autre part, entre les soins médicaux et l'assistance juridique en vue d'un résultat aussi contingent dans les deux cas: la guérison ou le gain du procès.

c) Enfin, sur le terrain de l'étendue de la réparation, constatons encore l'antinomie des règles contractuelles. La responsabilité de l'avocat s'étendra au delà des dommages prévisibles au moment de l'accord des volontés, justement parce que ces dommages ne résulteront pas de l'engagement de l'avocat. Celui-ci, conservant son entière liberté dans la défense des intérêts de son client, ce ne sera que l'abus de cette liberté, dont les conséquences n'ont pu être prévues, qui sera générateur de préjudice. Encore que le client n'ait pu imposer aucune règle à son défenseur, celui-ci n'en sera pas moins responsable du dommage qui pourra lui être imputé à faute.

C'est ainsi, notamment, que le dommage moral, extérieur à la responsabilité contractuelle, sera cependant supporté par l'avocat, par exemple, dans le cas de violation du

(72) Civ. 18 juin 1835; S. 1835-1-401. Req. 21 août 1839, S. 1839-1-663. — Paris, 20 novembre 1924, G. P. 1925-1-166. Ce n'est qu'en ce qui concerne les honoraires que la jurisprudence fait intervenir les règles de la responsabilité contractuelle.

secret professionnel, qui causera au client un dommage, quelquefois matériel, mais aussi et surtout de nature morale.

SECTION IV

Solution proposée :

Responsabilité de nature quasi delictuelle.

Nous venons de faire, en toute objectivité, l'analyse de la situation de l'avocat dans ses rapports avec ses clients, en vue de rechercher la nature de sa responsabilité civile envers eux. Nous avons, tout d'abord, confronté ces rapports avec la notion générale de contrat en droit privé, et nous avons fait ressortir que le problème ne pouvait se contenter d'une explication contractuelle, soit parce que les conditions de forme, soit parce que les effets dont tout contrat est assorti, constituent un cadre trop étroit en notre matière.

Nous n'avons pas souscrit non plus à la thèse du contrat de droit public, parce que cette conception sacrifie trop au rôle social de la fonction d'avocat des rapports qui relèvent indiscutablement du droit privé.

Poussant davantage notre analyse, et faisant abstraction, pour un moment, des conclusions précédentes, nous nous sommes placés sur le terrain même des auteurs contractualistes et nous avons admis, *a priori*, l'existence d'une convention à la base des rapports entre avocat et client. Or, malgré cette concession, nous avons encore abouti au rejet d'une responsabilité de nature contractuelle, dont les règles sont inapplicables à notre sujet particulier.

Notre conclusion est donc la suivante: la responsabilité de l'avocat, qui n'est tenu envers son client que d'une obligation de moyen, ne peut être appréciée que délictuel-

lement. Même au cas d'inexécution totale, c'est-à-dire d'abandon de cause, seule une faute délictuelle pourra être retenue à son encontre. L'examen des différences entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle nous a montré que la situation de l'avocat ressortissait logiquement aux règles délictuelles. Tout système contractuel nous a paru se heurter à des objections déterminantes, parce que le mécanisme juridique des rapports avocat-client interdit l'assimilation à un contrat — du moins tel qu'il est conçu par le Code civil — soit encore parce que l'incidence des règles qui président à l'exercice de la profession, élève le problème au-dessus de la conception classique d'un engagement bilatéral ordinaire et le fait déborder du cadre contractuel qui s'avère trop étroit.

Bien que nous repoussions la thèse contractuelle, nous reconnaissons cependant l'existence entre l'avocat et son client de certains rapports juridiques avec leurs conséquences de droit. L'avocat rend un service et ce service suffit à justifier et à rendre équitable le paiement des honoraires. Il serait absurde de nier l'accord des volontés qui est à la base de la défense des intérêts du client, et c'est, d'ailleurs, cet élément qui a entraîné beaucoup d'auteurs vers la conception contractuelle.

Comment, alors, concilier notre position avec les conséquences juridiques indiscutables de cet accord de volontés ? On pourrait, nous semble-t-il, comparer utilement la situation de l'avocat aux situations prévues par le Code civil sous le nom d'ailleurs impropre de « quasi-contrats » (73). Nous avons vu que le mandat aurait fourni l'explication la plus topique de notre problème, si certai-

(73) Art. 1371 et s. du Code civil, Art. 1371 : « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des parties ».

nes de ses caractéristiques, particulières à ce contrat ne nous en avait fait repousser l'adoption. Or, le Code Civil prévoit une situation juridique voisine, exclusive des éléments constitutifs du mandat, nous voulons parler de la gestion d'affaire (74). Si l'assimilation en notre matière n'est pas complète la comparaison nous paraît toutefois fort raisonnable, et la jurisprudence elle-même y a fait allusion (75).

L'avocat prend en mains l'affaire de son client, sans néanmoins s'engager pour l'avenir. Rendant un service, il est juste qu'il soit dédommagé, et le paiement des honoraires est la contre-partie équitable de ce service. L'avocat consacre son temps et sa compétence juridique au profit de son client et l'honoraire répond à la conception de rémunération équitable de tout service altruiste. Le principe de désintéressement est ici sauvegardé, puisque, si l'honoraire est justifié juridiquement, son paiement n'est pas assorti de moyens aussi catégoriques que dans un système contractuel.

Comme dans la gestion d'affaire, il n'existe aucun écrit prévoyant les conséquences à venir, et l'accord des volontés est plutôt un simple assentiment de l'avocat qui n'implique pas l'obtention d'un résultat intangible. On est en présence d'une situation où les seules règles d'équité viennent réglementer les rapports juridiques. Toutes les règles spéciales (abandon de cause, révision des honoraires, etc...), qui sont inexplicables dans le cadre d'un contrat civil sont, au contraire, normales dans les situations de fait créées par les nécessités pratiques et que le Code a justement

(74) Qu'il ne faut pas confondre avec l'agence d'affaires.

(75) Agen, 4 mars 1889, précité.

prévues, encore que le nom de « quasi-contrats » soit sujet à critique (76).

Nous ne saurions passer sous silence les différences que présente, toutefois, la gestion d'affaire avec notre situation. Tout d'abord, la gestion d'affaire est, en principe, un acte unilatéral du gérant qui s'occupe spontanément de l'affaire d'autrui sans en avoir reçu mandat. Or, ici, il y a eu entente préalable des parties. Remarquons cependant que cet accord préalable n'a pas de conséquences contractuelles et que, d'ailleurs, l'art. 1372 du Code Civil prévoit expressément que le géré peut très bien connaître la gestion (77).

Seconde observation : le gérant d'affaire s'engage tacitement à continuer la gestion qu'il a entreprise, et nous savons que l'avocat peut abandonner la cause qu'il a acceptée. Notons encore que le droit d'abandon est limité par son abus même et que, par conséquent, la cessation intempestive du ministère de l'avocat ne jouira pas de l'impunité.

Malgré ces quelques différences il nous semble que la situation de l'avocat envers son client peut être rapprochée de la gestion d'affaire, théorie d'équité — et non système rigide enserré dans des règles étroites — qui ne se heurte pas aux notions de service public et de service social gratuit.

Enfin, cette opinion est en harmonie avec les conclusions auxquelles nous avons été amené à l'endroit de la responsabilité civile de l'avocat. En effet, les quasi-contrats étant de nature extra-contractuelle, malgré la confusion à laquelle peut prêter leur désignation légale, la responsa-

(76) Notons, qu'ici, le terme de quasi-contrat est beaucoup plus justifié que dans les hypothèses que prévoit le Code, car on est bien en présence d'un accord de volontés, mais dont il ne résulte pas les conséquences juridiques habituelles.

(77) Art. 1372: « Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore... »

bilité dont ils peuvent être générateurs est de nature délictuelle. Or, nous avons vu que les avocats, ne pouvant se lier par des engagements étroits, ne pouvaient relever que d'une responsabilité de nature délictuelle. Les garanties qui sont à la base de la profession justifient entièrement la confiance que leur accordent les personnes qui ont recours à leurs services. Si donc un avocat viole les principes fondamentaux de sa fonction, méconnaît son devoir professionnel, il y aura, selon la théorie de M. Emmanuel LÉVY ⁽⁷⁸⁾ confiance légitime trompée et la sanction en sera une responsabilité délictuelle, puisqu'aussi bien la défaillance de l'avocat n'entrant point dans le champ normal des prévisions du client ne saurait appartenir au pôle contractuel.

La gestion d'affaire, qui n'est elle-même qu'une application de la théorie beaucoup plus vaste de l'enrichissement illégitime, dont le fondement se trouve dans les grands principes du droit naturel, semble donc s'adapter, à nos yeux, à la situation qui fait l'objet de notre étude. Sans prétendre à une assimilation parfaite, cette conception nous permet d'expliquer juridiquement le mécanisme de la plaidoirie, ainsi que les règles qui président au paiement des honoraires, et cela nous paraît suffisant pour l'adopter, tout au moins dans un cadre élargi.

B. — FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT ENVERS LES TIERS

Le problème n'offre ici aucune difficulté. Il ne peut être question, sans aucun doute, de responsabilité contractuelle puisque les tiers, par définition, n'ont aucun rapport avec l'avocat. Si celui-ci, au cours de son activité professionnelle,

(78) *Responsabilité et contrat*: Revue critique de législation et de jurisprudence, 1905.

par des paroles ou des actes leur porte préjudice, ils ne pourront lui en demander réparation que sur le terrain de l'art. 1382 du Code Civil.

Il faut entendre par « tiers » toutes les personnes, à l'exclusion du client, c'est-à-dire aussi bien les personnes étrangères au débat en justice, que l'adversaire lui-même, les témoins, etc...

Notons rapidement, car nous y reviendrons en détail dans notre seconde partie, que cette responsabilité, tout en obéissant aux règles délictuelles, se trouve ici encore tempérée par un autre grand principe de la profession : le principe de la liberté de la défense, qui doit s'entendre dans un sens large, si l'on ne veut pas rendre vaine la réalité d'une justice pleinement éclairée.

Nous verrons que, dans cet esprit, le législateur lui-même, par la loi du 29 juillet 1881, est venu accorder une immunité importante aux avocats, dont les écrits ou les paroles devant les tribunaux, ne peuvent engager leur responsabilité envers les tiers, que si ces derniers démontrent l'extranéité et l'inutilité des imputations injurieuses ou diffamatoires, c'est-à-dire s'ils établissent que ces imputations n'avaient aucun lien avec la cause et n'ont servi en rien la défense.

Nous aboutissons donc à une responsabilité civile de l'avocat dont le fondement juridique est le même, que l'on envisage le client ou bien les tiers. Il nous reste maintenant à apprécier les limites mêmes de cette responsabilité, autrement dit à préciser la notion et le potentiel de la faute professionnelle de l'avocat et à fixer l'étendue de la réparation dont il sera tenu.

C. — ETENDUE DE LA RESPONSABILITÉ LA NOTION DE FAUTE PROFESSIONNELLE

La responsabilité délictuelle engage son auteur, lorsque la victime établit la faute du défendeur et apporte la preuve du préjudice qu'elle a subi. La charge de cette double preuve incombe donc au demandeur au procès en responsabilité. Ceci rappelé, examinons tout d'abord la question de la faute dans son application à notre sujet, en d'autres termes, préoccupons-nous plus spécialement de la faute professionnelle de l'avocat, source de sa responsabilité civile.

Nous avons déjà vu que, dans le domaine délictuel, la faute la plus légère était génératrice de responsabilité. En concluant à une responsabilité de nature délictuelle, nous devrions donc logiquement déclarer l'avocat responsable de sa faute, si minime soit-elle.

En réalité, nous avons montré qu'il ne fallait pas attribuer un fonds exagéré à la théorie de la gradation des fautes, issue du droit romain, mais qu'aucune disposition actuelle du Code Civil ne nous permet de considérer comme légale.

En fait, la faute délictuelle sera la faute suffisante, déterminante dans l'esprit des juges, pour entraîner la responsabilité. En d'autres termes, les magistrats apprécieront souverainement, selon les espèces le potentiel de gravité de la faute et leur décision entérinera, selon les cas, soit une faute très légère, soit une faute seulement légère, soit même une faute lourde. Malgré ces différences d'appréciation, on ne pourra en aucune manière les accuser d'avoir violé les règles légales de la responsabilité délictuelle.

Le point de déclenchement de la responsabilité correspondra ainsi, pour chaque hypothèse, à un niveau de gravité de la faute, déterminé en fonction même de l'hypothèse précise soumise à l'opinion subjective des juges. Il

existera donc pour chaque espèce, au-dessous de la faute déterminante de responsabilité, une faute plus légère qui n'engagera pas la responsabilité de son auteur, autrement dit une faute non imputable. Certes, la gravité plus ou moins grande de la faute pourra influencer sur le quantum des dommages accordés à la partie demanderesse, mais cela n'est nullement contradictoire, car il ne s'agit plus alors du déclenchement de la responsabilité, mais de son étendue.

Il convient donc de déterminer le critère d'imputabilité fautive de l'avocat et, dans ce but, nous aurons profit à faire un parallèle avec la responsabilité du médecin, dont la jurisprudence a eu beaucoup plus fréquemment à connaître que de celle de l'avocat.

La Cour de cassation, disons-le tout de suite, s'est toujours refusée à sortir des principes traditionnels, en décidant, au sujet de la responsabilité délictuelle, que « toute faute quelconque » donne droit à réparation et que « toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession » est soumise aux art. 1382 et 1383 du Code civil, c'est-à-dire est tenue de sa simple imprudence ou négligence, s'il en est résulté un préjudice pour autrui ⁽⁷⁹⁾.

Cette jurisprudence de la Cour suprême accuse un divorce très net avec celle des cours d'appel et des tribunaux, qui établissent pour le médecin ou pour l'avocat une distinction entre la faute légère et la faute lourde, cette dernière étant seule génératrice de responsabilité ⁽⁸⁰⁾.

(79) Cass. Req., 21 juillet 1862, S. 1862-1-818. — Req., 21 juillet 1920, D. 1920-1-30. — Civ., 29 novembre 1920, G. P. 1921-1-68. — Req. 11 janvier 1932, G. P. 1932-1-567; Req. 31 octobre 1933, G. P. du 10-11 décembre 1933.

(80) *Pour les médecins*: Liège, 30 juillet 1890, D. 1891-2-281. Besançon, 16 octobre 1912, D. 1914-2-88. — Paris, 16 janvier 1913, D. 1913-2-237. — Douai, 19 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931-2-775, sous-note a. — Paris, 4 juillet 1932, D. 1933-2-113. — *Pour les avocats*: Bruxelles, 7 avril 1857,

C'est ainsi qu'un arrêt récent de la Cour de Lyon, en date du 12 janvier 1932 ⁽⁸¹⁾ déclare « qu'un avocat, qui, en sa qualité, se verrait poursuivi par un client qui aurait à se plaindre de la perte d'un procès, ne pourrait être utilement recherché qu'autant qu'il serait établi qu'il a commis une faute lourde ou un dol ».

Devant cette divergence la doctrine s'est elle-même divisée, d'aucuns abondant dans le sens de la Cour de cassation ⁽⁸²⁾ ; d'autres, les plus nombreux, se ralliant à la solution des cours d'appel et des tribunaux ⁽⁸³⁾. A nos yeux, l'antinomie des deux thèses est plus apparente qu'ef-

D. 1857-2-223. — Paris 9 avril 1870, D. 1870-2-121. — Cass. Ch. réun., 4 août 1874, D. 1875-1-478. — Trib. paix Ploërmel, 29 mai 1900, Mon. Jud. Paix, 1900, p. 361. — Trib. Paix Montauban, 26 novembre 1900, S. 1901-2-323. — Cass. Req. 8 juin 1901, D. 1903-1-344. — Valence, 20 février 1905, Pand. fr. 1905-2-197. — Trib. Civ. Seine, 30 janvier 1914, Gaz. Pal. 1914-1-220. — Lyon, 12 janvier 1932, S. 1933-2-46.

M. LALOU, dans sa note sous Paris 4 juil. 1932 (D. 1933-2-113) remarque avec justesse : « Dans l'appréciation des fautes, le rôle joué par les usages, surtout par les usages propres à chaque profession, est important... Il y a un droit professionnel résultant des usages de la profession ». Comp. sur ce point, H. et L. MAZEAUD : « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 2^e édit., 1934, t. I, n° 94.

(81) S. 1933-2-46.

(82) H. et L. MAZEAUD. — Op. cit. T. I, n° 502 et 515. — DEMOGUE, op. cit., t. VI, n° 195.

MM. MAZEAUD doivent cependant reconnaître, en définitive, que la faute la plus légère ne saurait engager la responsabilité de l'avocat : « Il n'y a pas lieu de distinguer selon que la faute commise est ou non professionnelle, c'est-à-dire qu'il ne saurait être question d'exiger de l'avocat une faute lourde ou volontaire. Du moment que les juges estiment qu'un avocat prudent se serait conduit autrement que le défendeur, ce dernier doit être condamné. Ainsi, toute erreur et toute négligence n'engageront pas nécessairement la responsabilité de l'avocat, mais des fautes, bien que non grossières, pourront être retenues, qu'il s'agisse d'erreurs dans les conseils donnés aux clients ou de la présentation de la défense ».

(83) MOLLOT. — Op. cit., t. I, p. 8 et s. — GARSONNET, op. cit., t. I, § 253. — PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, op. cit., t. VI, n° 536. — PAYEN et DUVEAU, op. cit., n° 343 (implicite). — APPLETON, op. cit., n° 243. Ce dernier auteur va même plus loin et déclare que l'avocat ne peut être responsable que de son dol.

fective : la solution de la Cour de cassation, exacte sur le terrain des principes, n'exclut pas cependant les décisions du reste de la jurisprudence, en ce sens que les juges du fait apprécient souverainement, comme nous l'avons dit, les cas d'espèce, et décident que c'est la faute lourde qui, en fait, entraînera la responsabilité de l'avocat. Mais sur le terrain du réel, il pourra y avoir une faute moins grave, mais une faute tout de même, malgré que les juges, en déboutant, dans ce cas, le demandeur, décident, en somme, qu'il n'y a point de faute.

Il nous reste à expliquer les raisons qui justifient la position adoptée par la jurisprudence des cours et des tribunaux.

Nous retrouvons ici l'idée que la profession d'avocat, dont les caractéristiques spéciales font une sorte de fonction, est un peu en dehors des règles du droit commun, et, de même que nous avons vu combien il était difficile d'assimiler les membres du Barreau à de simples particuliers engageant leurs services, de même la notion de faute se trouve transposée sur un plan différent du plan habituel de la responsabilité.

L'avocat, tout en exerçant son activité professionnelle sur le terrain du droit privé, subit l'incidence des règles qui commandent le service public auquel il collabore. La tâche importante qu'il assume dans le fonctionnement de l'assistance judiciaire et le service entièrement gratuit qu'il rend au profit de la collectivité, ne peuvent qu'atténuer sa responsabilité, selon le vieux principe qui veut que, dans son activité altruiste, l'homme ne puisse être rendu responsable de ses fautes légères.

Or, cette notion de service altruiste, dont le but social doit passer avant les intérêts particuliers, se retrouve, bien qu'à un degré différent, dans toute la vie professionnelle des avocats. Le législateur et les Conseils de l'Ordre proclament bien haut que l'administration de la justice ne

saurait être mise en échec par l'intérêt privé du client, que la défense consciencieuse du justiciable doit être étrangère à tout mobile d'ordre pécuniaire. Il est donc normal de voir la responsabilité de l'avocat s'alléger dans la mesure de son activité désintéressée.

A cet argument s'ajoute le fait que, si la défense de la cause doit tendre vers un résultat déterminé : le gain du procès, on ne saurait faire grief au défenseur de ne point voir ses efforts toujours couronnés de succès. La précarité et l'incertitude de la solution qui interviendra dépassent les possibilités de l'avocat, dont la compétence et le talent ne peuvent suffire à faire triompher les intérêts des clients.

Enfin la liberté dont l'avocat doit jouir dans la conduite du procès et la façon dont il estime devoir organiser la défense, s'opposent à une responsabilité basée sur la faute légère ; admettre une telle responsabilité conduirait à entraver toute initiative des membres du Barreau, à en faire des subordonnés ou des hommes d'affaires, en un mot, à leur enlever toute la dignité qui est à la base de leur fonction.

La jurisprudence souvent incertaine, aux revirements soudains, les opinions contradictoires de la doctrine, explicables par le relativisme de la science juridique, justifient en faveur de l'avocat le traitement dont il bénéficie à l'endroit de sa responsabilité et expliquent pourquoi on ne peut pas retenir contre lui certaines fautes, parce que celles-ci peuvent être commises par tout avocat normalement consciencieux et diligent.

De tout ceci se dégage clairement que la responsabilité de l'avocat ne peut être engagée que sur la preuve d'une faute lourde ou d'un dol. Mais une telle opinion ne constitue pas par elle-même une définition assez précise ; encore faut-il essayer de déterminer un critère aussi

concret que possible de cette notion de faute lourde de l'avocat.

Il ne s'agit pas, bien entendu, d'une faute lourde assimilable au dol, car, si grave que soit l'erreur ou la négligence reprochée à l'avocat, elle ne peut pas être présumée intentionnelle.

La jurisprudence, à l'exception de la Cour suprême, semble avoir assez bien analysé et défini ce qu'il faut entendre par faute lourde professionnelle. Celle-ci résulterait soit d'une « ignorance des choses que tout homme de l'art doit savoir », soit de « la négligence accentuée, l'inattention grave, l'impéritie inconciliable avec l'obtention du diplôme exigé » ou encore du « mauvais vouloir » ou de « l'oubli du devoir professionnel » (84). La faute lourde professionnelle est donc une faute caractérisée, manifeste, en quelque sorte évidente, qui apparaît clairement à tous les yeux, et dont le professionnel doit rendre compte beaucoup plus en tant qu'homme que comme praticien de son art.

En somme, la faute de l'avocat n'est pas d'une nature spéciale, différente de la faute de droit commun, et, si elle s'en distingue, la seule raison en est le plan professionnel sur lequel elle est transposée. C'est cette considération qui explique le critère de la faute lourde professionnelle, qui est plus exactement une faute personnelle, c'est-à-dire celle que l'avocat commet en tant qu'homme, autrement dit qu'il aurait pu commettre dans ses actes extra-professionnels. C'est la faute qui révèle une ignorance de la science juridique, un manque de prudence, de réflexion ou de diligence tels, qu'un avocat normalement compétent, prudent et dili-

(84) Besançon, 18 décembre 1844, S. 45-2-602. Liège, 30 juil. 1890, D. 1891-2-231. Trib. Seine, 20 juillet 1907, S. 1910-2-153. — Besançon, 16 octobre 1912, D. 1914-2-88. — Paris, 16 janv. 1913, D. 1913-2-238. — Notons que si tous ces arrêts ont été rendus en matière de responsabilité médicale, la définition qu'ils donnent de la faute lourde professionnelle est générale et s'applique directement à notre sujet.

gent, placé dans les mêmes conditions externes et sur un plan professionnel identique n'aurait pu se voir reprocher. Bref, c'est la faute appréciée *in abstracto*, dont l'auteur se serait rendu coupable dans n'importe quelle autre profession, car elle n'est pas liée causalement aux caractères spécifiques de la science du droit, dont le relativisme entraîne inévitablement des erreurs ou des incertitudes qui ne peuvent être imputées à faute.

Disons, pour terminer, quelques mots de l'étendue de la réparation. La responsabilité de l'avocat étant de nature délictuelle, la réparation s'étendra à tout préjudice causé au client ou au tiers, ainsi qu'au dommage moral dont l'application la plus importante est la violation du secret professionnel, qui cause au client un préjudice de nature essentiellement subjective. Enfin, la réparation s'alourdira plus ou moins selon la gravité de la faute qui aura déclenché la responsabilité.

Nous avons ainsi fait le tour du problème théorique de la responsabilité de l'avocat plaidant devant les juridictions normales. Résumons brièvement notre position.

L'avocat, devant les juridictions où la présence d'un avoué, représentant légal du client est obligatoire, sera responsable délictuellement, ou plus exactement quasi-délictuellement du préjudice qu'il pourra occasionner à ses clients ou à des tiers.

L'explication contractuelle, logique en apparence, se heurte, à l'examen, à l'impossibilité d'adapter le mécanisme de l'assistance de l'avocat à tout type contractuel de droit privé ou de droit public, et même, l'admission *a priori* de la forme contractuelle rencontre des objections déterminantes, dès qu'il s'agit d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle.

Dès lors, la responsabilité de l'avocat ne saurait obéir

qu'aux règles de la responsabilité délictuelle. Le demandeur, client ou tiers, devra établir le préjudice subi et démontrer la faute de l'avocat, dont le potentiel nécessaire pour déclencher la responsabilité devra être celui d'une faute lourde ou d'un dol. Si le demandeur apporte cette double preuve, l'avocat devra réparer l'intégralité du préjudice.

Il convient, en terminant, de constater que le fardeau de la preuve sera particulièrement lourd pour la victime, soit à l'endroit du préjudice, soit à l'égard de la faute. Notons, toutefois, que la réglementation intérieure sévère des Barreaux est, en quelque sorte, une protection automatique qui amenuise, au point de les supprimer presque complètement, les risques de responsabilité de l'avocat qui respecte la discipline professionnelle. C'est là une considération prédominante en notre sujet et qui explique aisément la rareté des espèces dans les recueils de jurisprudence.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT-CONSULTANT

L'avocat qui donne un conseil ou rédige une consultation écrite ne joue évidemment pas le même rôle que lorsqu'il plaide. C'est dans le silence de son cabinet, sans aucun contradicteur, qu'il renseigne son client, en lui exposant la question sous tous ses angles, favorables ou non à ses intérêts particuliers. Le rôle de l'avocat ne consiste plus, ici, à défendre une cause, mais à préciser à un profane l'aspect juridique d'une situation de fait ou de droit déterminée, et les conséquences qui peuvent en dériver.

Si l'avis donné par l'homme de l'art se trouve erroné ou incomplet, quelle sera la responsabilité de son auteur ?

L'hypothèse la plus normale sera la bonne foi de l'avocat dont l'erreur ou l'omission sera involontaire. Il n'est pas douteux que les réflexions qui nous ont été suggérées au cours du chapitre précédent, notamment en ce qui concerne la notion de faute de l'avocat, trouvent ici une application directe.

Le relativisme de la science juridique, la défaillance excusable d'un avocat normalement compétent et consciencieux, conduisent au rejet d'une responsabilité fondée sur une erreur ou une négligence commise de bonne foi et dont le peu de gravité fait présumer qu'elle aurait pu être le fait de tout autre professionnel.

Mais, bien entendu, si la gravité de la faute relevée dans l'élaboration de la consultation est telle qu'elle implique une ignorance grossière ou une négligence inexcusable, l'avocat sera tenu de réparer le préjudice qui aura pu en être la conséquence. A fortiori, le dol ou la fraude de l'avocat entraînera à son encontre une légitime condamnation, sans préjudice des sanctions disciplinaires dont il sera certainement l'objet.

Il nous semble inutile d'insister sur ce point de vue théorique, sous peine de nous répéter, mais il était cependant indispensable de montrer la similitude de responsabilité de l'avocat-plaidant et de l'avocat-consultant, étant donné que l'activité de ce dernier étant extérieure à l'ambiance normale du service public de la Justice, on aurait pu supposer, à première vue, que les conditions de la responsabilité étaient sensiblement différentes.

CHAPITRE III

LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT PLAIDANT DEVANT LES JURIDICTIONS OU LE MINISTERE DE L'AVOUE EST FACULTATIF

Alors que, devant les juridictions civiles, le rôle de l'avocat se réduit à la simple assistance du client, il en est tout différemment devant les tribunaux répressifs et les juridictions dites d'exception, où la loi n'impose pas obligatoirement la présence d'un avoué. Ce dernier n'ayant plus ici le monopole légal de la représentation en justice, le plaideur a le droit de se faire représenter par le mandataire de son choix, et rien ne s'oppose légalement à ce que ce représentant soit un avocat ⁽¹⁾.

Mais nous savons que les règlements des Barreaux ont toujours formulé l'interdiction d'accepter un mandat judiciaire, inspirés en cela par le souci de sauvegarder la dignité et l'indépendance de la profession. Il en résultait

(1) Cass. 31 juil. 1911, D. 1913-1-279.

que le client qui voulait se faire assister d'un avocat devait être présent lui-même à l'audience ou bien devait s'y faire représenter par un tiers fondé de pouvoir, ce qui constituait souvent, dans le premier cas, une impossibilité et, dans le second cas, une augmentation de frais.

La prohibition des Barreaux restreignait considérablement le champ d'activité de l'avocat, le plus souvent au profit d'agents d'affaires, ne présentant pas toujours les mêmes garanties professionnelles et la même compétence juridique.

Cet inconvénient devait encore s'accroître par l'accroissement très sensible des juridictions spéciales, dont la procédure rapide et simple exclut implicitement toute dualité de rôle dans la défense en justice (2).

Aussi bien, le législateur est-il intervenu et a-t-il résolu heureusement la question, en accordant peu à peu à l'avocat la dispense de procuration écrite devant la majorité des juridictions où le ministère de l'avoué n'est pas obligatoire, consacrant ainsi le droit de représentation des avocats devant la plupart des juridictions spéciales.

Les différentes lois intervenues à ce sujet, ont notablement modifié le rôle de l'avocat. En faisant entrer dans ses attributions légales la représentation des parties toutes les fois que le monopole des avoués ne s'y oppose pas, elles ont élargi l'activité des membres du Barreau en faisant d'eux, à la barre de nombreux tribunaux, les seuls représentants de leurs clients. L'avocat parle en leur nom, les engage par ses paroles, et l'on conçoit alors facilement, que, n'étant plus couvert par un avoué, conduisant la pro-

(2) L'absence de monopole des avoués devant ces tribunaux n'empêche nullement le justiciable de constituer avoué devant elle et de s'assurer l'assistance d'un avocat. Dans cette hypothèse, la responsabilité de l'avocat sera identique à celle que nous avons étudiée dans notre premier chapitre. Mais le but du législateur a été de simplifier la procédure par la suppression de la dualité, souvent critiquée, de l'avocat et de l'avoué.

cédure à son gré, en un mot, agissant seul au nom de son client, l'avocat puisse encourir une responsabilité beaucoup plus sérieuse. Cette responsabilité s'appréciera, en effet, conformément aux termes des art. 1991 et suivants du Code Civil, l'avocat étant le mandataire *ad litem* de son client.

Ainsi, et c'est un point essentiel qu'il est nécessaire de mettre en relief, il y a une différence importante dans le rôle de l'avocat, simple défenseur devant les juridictions normales, représentant son client devant les autres juridictions. L'avocat cumulera devant ces dernières les deux positions, en ce sens qu'il sera à la fois mandataire et défenseur. En sorte qu'il sera peut-être nécessaire d'assurer le départ entre les responsabilités qu'il pourra encourir de ces deux chefs, la responsabilité résultant de son rôle de défenseur obéissant naturellement aux règles que nous avons étudiées dans notre premier chapitre.

Enfin, et il est presque inutile de le signaler, la responsabilité de l'avocat envers les tiers ne se trouve aucunement influencée par le fait que l'avocat est ou n'est pas mandataire *ad litem*. Notre examen portera donc uniquement sur l'analyse de la responsabilité de l'avocat mandataire *ad litem* envers ses clients.

Nous avons vu, en étudiant la théorie du mandat, que cette théorie ne pouvait être adoptée lorsque l'avocat plaiderait devant les tribunaux civils, étant donné l'absence indiscutable des éléments constitutifs de la représentation, le privilège de cette représentation étant réservé exclusivement à l'avoué, par la volonté même du législateur. Mais nous avons reconnu que ce contrat correspondait le mieux à la fonction de l'avocat par sa nature essentiellement altruiste. Or, ici, ces éléments nécessaires existent, on ne peut contester la nature contractuelle de l'engagement de l'avocat. Hâtons-nous de dire, cependant, que le mandat

ad litem obéira à certaines règles spéciales qui l'éloigneront sur certains points du mandat de droit commun.

Afin de préciser sans ambiguïté le champ de la responsabilité spéciale de l'avocat, nous sommes amené à délimiter le cadre même des juridictions devant lesquelles l'avocat peut devenir le mandataire *ad litem* de son client. Cette question résolue, nous aurons alors à examiner l'étendue de sa responsabilité.

SECTION I

Devant quelles juridictions la responsabilité de l'avocat peut-elle être comparée à celle d'un mandataire ?

C'est une évolution légale qui est venue consacrer peu à peu la licéité de l'acceptation d'un mandat par l'avocat à la barre de la plupart des juridictions d'exception.

Le but du législateur lorsqu'il a institué ces juridictions spéciales avait été d'éviter aux justiciables des frais trop importants, en favorisant la comparution et la défense personnelle des parties. Avant les interventions législatives dont nous allons parler un peu plus loin, les avocats avaient bien la possibilité d'exercer leur ministère devant ces juridictions, mais ils n'étaient considérés que comme de simples particuliers ayant le droit de représenter les parties, à condition d'être munis d'une procuration écrite régulière ⁽³⁾.

(3) Devant les justices de paix, l'ancien art. 9 du Code de procéd. civ. déclarait notamment : « Les parties comparaitront en personne ou par leur fondé de pouvoir ». La Cour de cassation exigeait toujours une procuration écrite spéciale, en particulier pour les avocats (Cass. 19 déc. 1899, D. 1900-1-105).

La règle était la même devant les tribunaux de simple police (Art. 152 du Code d'instr. crim.), bien que la procuration verbale fut admise si personne n'élevait de contestation, devant les tribunaux de commerce

Si la nécessité d'un pouvoir spécial n'était qu'une gêne minime pour l'avoué — sa profession étant par définition celle d'un mandataire ⁽⁴⁾ — il n'en était pas de même pour l'avocat. Celui-ci lié par ses règles professionnelles se trouvait dans l'impossibilité d'accepter aucun mandat — à l'exclusion du mandat de famille — sous peine de se voir infliger une sanction disciplinaire. Les raisons de cet ostracisme étaient d'ailleurs fort légitimes, puisque dictées par l'intérêt même des membres du Barreau et de leur dignité. « Qu'un homme d'affaires, déclarent MM. PAYEN et DUVEAU ⁽⁵⁾, sans autre répondant que lui-même et qui échappe à toute discipline, soit obligé de prouver que tel justiciable, pour qui il déclare se présenter, est effectivement son client, qu'il soit obligé de faire légaliser la signature de ce client pour que le tribunal soit assuré que cette signature n'est pas un faux, soit ! Mais les avocats n'admettaient point de se soumettre à ces vérifications un peu injurieuses ». D'autant plus, comme le remarque justement M. APPLETON ⁽⁶⁾ « qu'il est difficile de limiter une procuration à la seule représentation des parties en justice. Pour ne pas trop la restreindre on est tenté de l'amplifier, de l'étendre à des actes qui impliquent des manèges

(art. 421 du Code de proc. civ. et 627 du Code de Comm.), et les Conseils de Prud'hommes (décret du 11 juin 1809).

La seule exception avait été apportée par le décret du 30 déc. 1862 relatif à la procédure devant les Conseils de préfecture. Ce décret n'exigeait pas formellement un pouvoir écrit. Aussi le Préfet de la Seine avait-il pris un arrêté autorisant la représentation sans procuration, sinon verbale, mais il en avait exclu les avocats. Le Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris intervint pour permettre aux avocats d'assurer la défense de leurs clients devant cette juridiction, sans cependant autoriser la représentation.

(4) Bien qu'il fut paradoxal d'exiger un pouvoir écrit d'un avoué pour des affaires d'importance souvent minime, alors que ce pouvoir n'était pas exigé de lui devant les tribunaux civils, pour des procès généralement beaucoup plus importants.

(5) Op. cit., n° 298.

(6) Op. cit., n° 173.

de fonds ou qui exigent des démarches étrangères au rôle propre de l'avocat ».

En considérant l'avocat comme un individu quelconque, et en exigeant de lui un pouvoir écrit, contraire aux traditions de l'Ordre, la loi aboutissait à ce résultat paradoxal que l'avocat, dont la profession est de défendre les intérêts des justiciables, qui possède bien plus que tout autre la compétence et la moralité souhaitables, était écarté d'un certain nombre de juridictions et défavorisé par rapport à de simples particuliers ou à des agents d'affaires dont l'honorabilité et les connaissances juridiques pouvaient parfois être suspectées.

Comme le déclare M. POTTIER (7) : « On aboutit à une impasse : ou bien le client sera obligé d'assister lui-même à l'audience, ou bien il devra se faire représenter par un tiers fondé de pouvoir, sinon l'avocat contreviendra aux règles professionnelles en se faisant remettre la procuration exigée.

» De toute façon ce sera une gêne pour le plaideur qui, le plus souvent, renoncera à recourir à un avocat pour éviter d'avoir à se déranger lui-même ou d'avoir à faire les frais supplémentaires d'un tiers mandataire. Il préférera se confier à un agent d'affaires, et ce résultat ne sera pas à l'avantage du plaideur qui peut souvent ne pas trouver parmi les agents d'affaires qui gravitent autour des tribunaux où leur concours est admis, le même dévouement, la même scrupuleuse conscience et la même science juridique que chez un avocat inscrit à un Barreau, soumis à des règles professionnelles très strictes et habitué à considérer les intérêts de son client avant les siens propres ».

Devant cette situation, les Barreaux n'étaient pas restés inactifs et avaient préconisé plusieurs palliatifs.

Le premier, auquel vient de faire allusion M. POTTIER,

(7) Du droit des avocats et des avoués de représenter et plaider devant les tribunaux d'exception. *Thèse, Paris, 1914.*

consistait à faire représenter le plaideur par un tiers mandataire dont le rôle se bornait à la représentation juridique du client, l'avocat assurant la défense de la cause, mais ne représentant pas la partie. C'était aboutir par un moyen détourné, en faisant porter le poids du mandat sur un tiers, homme de paille, qui ne servait que dans ce but. Ce procédé, sans doute entièrement régulier, présentait l'inconvénient d'aggraver les frais du procès, le tiers fondé de pouvoir exigeant naturellement un paiement, résultat qui était contraire à l'esprit du législateur qui avait voulu favoriser la comparution personnelle et diminuer le plus possible les frais à engager. En définitive, le plaideur préférerait s'adresser à un agent d'affaires, car il n'usait que rarement de son droit de se défendre lui-même. « Les plaideurs, disait M. POINCARÉ à la tribune du Sénat lors de la discussion de la loi du 13 juillet 1911, relative aux tribunaux de commerce, ignorent pour la plupart les usages de l'audience qui sont; à Paris surtout, très spéciaux et très complexes. Ils perdent beaucoup de temps à attendre le tour de leur affaire ; il ne leur est pas toujours facile, à Paris tout au moins, d'entendre appeler cette affaire, et ils sont ainsi exposés à laisser prendre défaut contre eux. Pour éviter ces inconvénients, et pour éviter surtout les augmentations de frais qui en dérivent, les plaideurs n'ont d'autres ressources que de constituer des mandataires » (8).

Un second système présentait l'avantage sur le précédent de supprimer la nécessité d'un tiers fondé de pouvoir. Il suffisait d'interpréter largement le principe de la comparution personnelle du plaideur à l'audience, en admettant que les prétentions du justiciable, écrites ou tout au moins signées de sa main, équivalaient à sa présence réelle. « Donner une interprétation moins rigoureuse de la com-

(8) *Journal Officiel*, Déb. parl., 8 juillet 1911, p. 1197.

parution en personne et, par une fiction comme il n'en manque pas dans notre organisation judiciaire, admettre cette comparution obtenue dès lors qu'un avocat existant dans la cause, il aura été procédé au dépôt préalable entre les mains du Tribunal d'actes écrits signés de la partie plaidante et énonçant ses prétentions... En bonne logique l'exigence d'une apparition réelle du client à la barre ne se justifie par rien... S'agit-il du demandeur ? Il a, dans son exploit introductif d'instance, sur lequel rien n'empêcherait d'exiger sa signature, déposé sa prétention avec les moyens qui doivent, selon lui, la faire admettre par le juge. S'agit-il du défendeur ? Dans les conclusions écrites, signées de lui, dans un acte reconventionnel, s'il y a lieu, ses prétentions en réponse seront également consignées. Par le dépôt de ces pièces entre ses mains, voilà le juge saisi du débat, en mesure de le trancher. Que lui manque-t-il en effet ? Rien, à vrai dire, de juridiquement essentiel. Les parties sont représentées devant lui par leurs écrits » (9).

Ce système permettait à l'avocat, sans sortir de son rôle, de présenter la défense de son client, tout comme devant le tribunal civil, le rôle de l'avoué étant ici joué par la partie elle-même, ou plus exactement par sa signature. Mais l'ingéniosité de cette fiction se heurtait nettement

(9) Dissertation de M. CLARO, sous Cass., 19 déc. 1899 (D. 1900-1-105). L'arrêt ci-contre entérinait l'impossibilité pour l'avocat d'accepter un mandat. Nous croyons utile d'en rappeler les principaux attendus : « Att. qu'on ne saurait admettre d'exception (à la nécessité d'une procuration écrite), même en faveur de l'avocat inscrit au tableau; qu'en effet, ce dernier n'a d'autre caractère que celui de défenseur ou de conseil, ni d'autre mission que celle d'assister ses clients et de soutenir leur cause par sa parole et ses écrits; mais qu'il ne tient de son titre aucun mandat à l'effet de les représenter en justice, qu'il est ainsi sans droit pour agir ou conclure en leur nom, et qu'il n'a pas qualité pour faire des déclarations, des offres ou des aveux qui les obligent; qu'il ne pourrait être habilité à cet effet que par une procuration régulière, sous la réserve des sanctions disciplinaires au cas où les règles de son Ordre lui interdiraient d'accepter un mandat ».

au texte formel de la loi qui exige la présence effective de la partie et non l'expression de sa volonté par ses écrits ou sa signature.

Le législateur finit par se rendre compte de la situation anormale dans laquelle se trouvaient les avocats devant les tribunaux d'exception et y apporta une solution heureuse, en les dispensant, par des textes successifs, de la nécessité d'une procuration écrite devant un grand nombre de ces juridictions ⁽¹⁰⁾.

Une proposition de loi avait été déposée, dès 1899, sur le bureau de la Chambre des Députés, par M. POURQUERY DE BOISSERIN ⁽¹¹⁾. Son article unique était ainsi conçu : « Dans toute l'étendue du territoire français et dans les colonies, et devant toutes les juridictions, les avocats régulièrement inscrits à un Barreau sont dispensés de procuration ».

Ce texte avait l'avantage d'être général, mais il ne fut pas adopté et le législateur préféra procéder par étapes, par solutions fragmentaires. Il en est résulté que, aujourd'hui encore, la représentation devant certains tribunaux spéciaux est toujours régie par l'ancien principe de la nécessité d'une procuration, encore que les nombreuses solutions législatives intervenues aient nettement modifié l'aspect primitif du problème.

Nous envisagerons donc rapidement les juridictions devant lesquelles le droit de représentation de l'avocat est indiscutable, avant d'apprécier sa situation devant celles où le régime antérieur n'a pas été changé.

Conseils de préfecture

La première loi, en date du 22 juillet 1899, et relative aux conseils de préfecture, vint préciser une question qui

(10) Signalons que tous les textes intervenus ont accordé, parallèlement aux avocats, le même privilège de représentation aux avoués.

(11) *J. O.*, Ch. des Députés. Déb. parl., Session extraord., 1899, p. 2188.

n'était pas clairement résolue. L'art. 9 de la loi du 21 juin 1865 ⁽¹²⁾, qui avait réorganisé ces tribunaux, autorisait, en effet, déjà, la représentation du plaideur par mandataire verbal et la question s'était posée de savoir si les avocats, en particulier, pouvaient devenir les mandataires de leurs clients. Un arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris en date du 22 décembre 1863 ⁽¹³⁾ leur avait refusé ce droit. Le vote de la loi du 22 juillet 1889 fit cesser la controverse en formulant dans son art. 8 : « ...Si le mandataire d'une partie n'est ni avoué exerçant dans le département, ni avocat, il doit justifier de son mandat par un acte sous-seing privé, légalisé par le maire et enregistré, ou par un acte authentique ».

Tribunaux de paix et Conseils de prud'hommes

C'était la première entorse à l'interdiction traditionnelle des Barreaux. Le principe nouveau fut bientôt étendu, d'abord aux tribunaux de paix par la loi du 12 juillet 1905 ⁽¹⁴⁾, puis aux Conseils de prud'hommes, par la loi du 15 juillet 1905, cette dernière, peu après, abrogée et remplacée par celle du 27 mars 1907 ⁽¹⁵⁾.

(12) Art. 9: « Après le rapport qui sera fait sur cette affaire par un des conseillers, les parties pourront présenter leurs observations, soit en personne, soit par mandataire... »

(13) MOLLAT. — Op. cit., t. I, p. 539.

(14) Art. 26. — « Les avocats régulièrement inscrits à un Barreau sont dispensés de présenter une procuration devant les juges de paix.... »

(15) Art., 26, § 6: « Les parties pourront se faire représenter ou assister par un avocat régulièrement inscrit au Barreau ou par un avoué exerçant près du Tribunal de l'arrondissement. L'avocat et l'avoué seront dispensés de présenter une procuration ».

Art. 34, § 3 (relatif à l'appel des décisions prud'homales): « ...Si les parties intéressées ne comparaissent pas en personne, elles ne peuvent être représentées que dans les conditions indiquées à l'art. 26. Elles peuvent, notamment, se faire représenter et défendre devant le tribunal civil, soit par un avoué, près le dit tribunal, soit par un avocat inscrit à un Barreau. Dans ce cas, une procuration ne sera pas exigée ».

Cette loi a été incorporée au Code du Travail, Livre IV, art. 69 et 89. Il faut noter, ici, que la loi ne prévoit la représentation de l'ouvrier

Tribunaux de commerce

La discussion fut beaucoup plus vive en ce qui concerne les tribunaux de commerce, par le fait de l'existence à leur barre d'une catégorie spéciale de mandataires, les agréés, qui ne voyaient pas avec plaisir le privilège qu'on voulait accorder aux avocats. Mais l'interdiction pour ceux-ci de se présenter librement devant les tribunaux de commerce avait le grand inconvénient d'empêcher la création du service d'assistance judiciaire devant cette juridiction, l'Ordre des avocats présentant seul les garanties nécessaires à son organisation et à son fonctionnement. Aussi, après un remarquable discours de M. POINCARÉ, faisant remarquer que les agréés ne jouissaient d'aucun privilège légal devant les juridictions consulaires et qu'en réclamant le bénéfice d'une mesure analogue à celle qu'on voulait accorder aux avocats, ils n'avaient pour but que de faire légaliser leur situation de fait, la loi fut votée au Sénat le 13 juillet 1911. Son article 96 était ainsi conçu : « Les avocats régulièrement inscrits à un Barreau sont dispensés de présenter une procuration devant les juridictions commerciales ».

Autres juridictions spéciales.

Le bouleversement économique consécutif aux événements de 1914 a fait naître toute une série de nouvelles

qu'au cas d'absence ou de maladie, exigeant sa comparution personnelle en tout autre cas. La représentation du patron étant toujours possible (art. 26, § 3), on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de faire bénéficier l'ouvrier de cette mesure et d'admettre sa représentation dans tous les cas. La Cour de Cassation s'est toujours refusée à cette interprétation extensive. (Civ. 26 juin 1912, D. 1913-1-190, 25 juin 1919, D. 1920, 1-41, 15 et 24 déc. 1924 et 6 janv. 1925, D. 1925-1-20, 28 mars 1928, D. 1929-1-127, note Chéron, — 8 juin 1931. G. P. 1931-2-705). Certains tribunaux, au contraire, ont admis l'interprétation extensive (Trib. Seine, 23 janv. 1926, D. H. 1926, 189, — Trib. Marseille, 15 juill. 1926, D. H. 1927, 15, — Trib. Grenoble, 8 décembre 1933, Gaz. Pal. 1934-2-171).

juridictions spécialisées, à la procédure simplifiée, devant lesquelles l'avocat s'est vu reconnaître le droit de représenter son client dans les mêmes conditions privilégiées ⁽¹⁶⁾.

Ainsi devant toutes ces juridictions le mandat *ad litem* de l'avocat est devenu légal, sous réserve des règles de prudence que les Barreaux se sont empressés d'édicter. Il reste, toutefois, que l'avocat est un mandataire, la loi emploie les termes « représenter » et « procuration », elle entend donc ne pas limiter le rôle de l'avocat à celui d'un simple défenseur, mais à faire, en outre, de lui, devant les juridictions exceptionnelles, un mandataire analogue à l'avoué. Il n'y a donc aucun doute : devant les différentes juridictions que nous venons de passer en revue, la responsabilité éventuelle de l'avocat est comparable à celle d'un mandataire ordinaire et doit s'apprécier dans les termes des art. 1991 et suiv. du Code Civil, sous les réserves que nous formulerons plus loin.

(16) Lois du 9 mars 1918 (art. 48), 31 mars 1922 (art. 18), 29 décembre 1923 (art. 9, § 6), 1^{er} avril 1926 (art. 16, § 1 et 4) pour les *juridictions des loyers*; Loi du 31 mars 1919 (art. 39) pour les *tribunaux des pensions militaires*; — Loi du 16 avril 1924 (art. 5) et décret du 9 novembre 1924 (art. 6) sur le *régime fiscal du petit commerce*; — Loi du 9 juin 1927 (art. 8, § 7) sur les *baux à ferme*; — Loi du 6 novembre 1918, modifiant l'art. 34 de celle du 3 mai 1841, en matière d'*expropriation pour cause d'utilité publique*; — Loi du 2 juillet 1931 (article premier), sur les demandes en dommages et intérêts pour *abus de constitution de partie civile* (solution implicite); — Loi du 8 avril 1933 (art. 2, § 5) sur les *baux ruraux*; — Loi du 30 juin 1926 (art. 2 et 3) modifiée par celle du 22 avril 1927, sur la *propriété commerciale*. — Loi du 17 avril 1919 (art. 27 et 30), sur les *dommages de guerre*. — Loi du 20 mars 1924 sur les *référés commerciaux*. — Loi du 4 août 1930 (art. 9) sur la *saisie-arrêt des salaires et traitements*. — Loi du 29 juin 1935 (art. 4) sur le *règlement du prix des fonds de commerce*.

En outre, le décret du 20 juin 1920 (art. 6, § 2) qui a réorganisé le statut des avocats, déclare que ceux-ci « peuvent également assister leurs clients ou les représenter, s'il y a lieu, dans les mesures d'instruction prescrites par jugement ou par ordonnance ».

Mais il y a à l'heure actuelle une double catégorie, particulièrement importante, de juridictions que le législateur n'a pas mise au diapason normal : nous voulons parler des tribunaux répressifs et de la juridiction des référés civils.

Quelle va être la situation de l'avocat à la barre de ces tribunaux ? Doit-il être, cependant, malgré le silence de la loi, considéré comme un mandataire privilégié dispensé de procuration, ou bien son rôle devra-t-il se limiter à l'assistance du client, mais non à sa représentation ? La répercussion de la réponse à cette question sur la nature de la responsabilité de l'avocat est certaine. Dans la première hypothèse, sa responsabilité sera analogue à celle d'un mandataire, dans la seconde, ce sera la responsabilité du simple défenseur, comme devant les juridictions civiles.

Juridictions répressives

Le degré le plus bas dans l'échelle des juridictions pénales est constitué par les tribunaux de simple police. Pour ceux-ci, la question se résoud facilement. Il ne faut point oublier, en effet, qu'ils sont présidés par les juges de paix et il s'agit, alors, de savoir si la réforme opérée par la loi de 1905 ne doit pas s'appliquer aux tribunaux de paix statuant en matière criminelle. L'art. 26 de la loi parle des juges de paix, sans restreindre expressément sa portée à leur compétence civile. Dès lors, il n'y a pas de raison pour que la réforme ne s'étende pas aux tribunaux jugeant en matière répressive. C'est dans ce sens qu'a abondé la jurisprudence ⁽¹⁷⁾ dont la solution fut confirmée par le Sénat qui refusa d'ajouter au texte déjà voté aucune précision nouvelle, en déclarant que les tribunaux de simple

(17) Trib. simple police Paris, 17 octobre 1905. *Gaz. Pal.* 1905-2-401. — Cass. Crim. 29 décem: 1906, D. 1908-1-447. — Trib. corr. Boulogne-sur-Mer, 8 mars 1916, D. 1917-2-68.

police étaient implicitement compris dans le texte primitif ⁽¹⁸⁾.

La question est plus délicate en ce qui concerne les tribunaux et les cours d'appel siégeant en matière correctionnelle, ainsi que les cours d'assises. Devant ces juridictions l'avoué ne possède aucun privilège de représentation, rien n'empêche une personne quelconque de représenter aussi bien le prévenu que la partie civile, à condition d'être munie d'une procuration régulière. Ce droit de représentation trouve, d'ailleurs, ses limites dans le cadre où les parties sont autorisées par la loi à se faire représenter devant ces juridictions : c'est ainsi que la représentation par un tiers mandataire n'est possible que si le prévenu n'encourt pas, du chef de l'inculpation, une peine d'emprisonnement. En outre, la représentation peut jouer pour tous les incidents qui se jugent indépendamment du fond (exceptions d'incompétence, demandes de remise, etc...).

Quant à la partie civile elle n'est jamais tenue de comparaître en personne, elle peut toujours se faire représenter, ainsi que les personnes civilement responsables de l'infraction pénale ⁽¹⁹⁾.

Ceci précisé, de quels droits bénéficient les avocats, devant l'absence de texte leur conférant un droit de représentation privilégié ?

Il semble bien qu'actuellement, en s'inspirant de l'esprit du législateur, on puisse étendre aux tribunaux répressifs la réforme que la loi a opérée expressément pour la majorité des tribunaux d'exception. C'est, d'ailleurs, à cette solution qu'est arrivée la jurisprudence ⁽²⁰⁾, ainsi que la

(18) *J. O.*, 9 juill. 1913, p. 1065.

(19) En ce sens, voir la dissertation de M. APPLETON, au D. 1925-2-121 et D. 1927-1-55.

(20) Req., 11 août 1827. *Dall. Rép.* V^o Jugement par défaut, n^o 462. — 18 juil. 1828, V^o Défense, n^o 75. — Crim. 15 mars 1845, Bull. Crim. 1845, n^o 98. — Crim. 31 déc. 1885, D. 1886-1-387, 4^e espèce. — 2 juil.

majorité de la doctrine ⁽²¹⁾. Il serait anormal, en effet, de refuser aux avocats un droit qui leur est accordé partout ailleurs, l'expérience ayant montré qu'ils savaient conserver leur dignité professionnelle malgré les dangers qui pouvaient naître de leur activité élargie, les règles strictes auxquelles ils sont soumis étant une garantie efficace pour les justiciables.

Juridiction des référés

Quant à la juridiction des référés, la controverse est encore dans sa phase active, au moins en ce qui concerne la jurisprudence. En effet, un arrêt récent de la Cour de Paris ⁽²²⁾ a refusé à un avocat la dispense de procuration devant le juge des référés civils, se mettant ainsi en opposition avec l'ensemble de la doctrine ⁽²³⁾. Cette décision apparaît d'autant plus inexplicable que le droit de représentation a été admis devant le juge des référés commerciaux par la loi du 20 mars 1924. Il nous semble donc qu'il n'y a aucune raison de ne pas appliquer la même règle aux référés civils.

En résumé, la conclusion qui s'impose, à notre sens, est que l'avocat peut représenter son client sans procuration

1886, D. 1886-1-474, 2^e espèce. — 29 avril 1889, D. 1890-1-287. — Civ. 1^{er} déc. 1914, D. 1917-1-115. — Crim. 23 mai 1919, D. 1925-1-174, note APPLETON. — 7 fév. 1920, D. 1921-1-68. — Paris, 6 juil. 1925, D. 1925-2-121. — Crim. 2 déc. 1926, D. 1927-1-55, note APPLETON. *Contra*: Crim. 20 juin 1885, D. 1886-1-385.

(21) VILLEY. — Note au S. 1888-1-41. — RODANET: « Dispense de procuration en matière correctionnelle ». *Bull. de l'Ass. Nat. des Avocats*, avril 1922, p. 45 et s. — POTTIER, op. cit., p. 14. — FAUSTIN: « Traité d'instruction criminelle », 2^e éd., n° 2859. — APPLETON, op. cit., n° 169 et 171, et note au D. 1933-2-49. — PAYEN et DUVEAU, op. cit., n° 394 et 395.

(22) 2 juin 1933. D. P. 1933-2-49, note APPLETON. — *Contra*: Lyon, 22 juillet 1931, S. 1931-2-194.

(23) MERIGNHAC. — Traité des ordonnances sur requêtes et des référés, t. 2, n° 200. — APPLETON, op. cit., n° 13 et note sous D. P. 1933-2-49.

devant toutes les juridictions où l'avoué ne peut exciper d'un privilège de représentation. Leur refuser ce droit serait les éloigner de ces tribunaux qui ont pris, de nos jours, une extension considérable. Ce serait, en outre, supprimer toute possibilité d'organisation du service d'assistance judiciaire, devant ces juridictions, ce qui serait, évidemment, fort regrettable.

La seule objection sérieuse était le danger que la qualité de mandataire pouvait faire courir aux avocats, en risquant de les transformer en agents d'affaires. Mais les règlements intérieurs, tout en s'harmonisant à la nouvelle conception de l'activité professionnelle, ont sagement prévu des mesures de prudence destinées à empêcher que le but du législateur ne soit dépassé et faussé, en édictant l'interdiction d'un certain nombre d'actes auxquels l'abus du droit de représentation aurait pu donner lieu. La jurisprudence est elle-même intervenue dans un sens analogue ⁽²⁴⁾.

Les limites du mandat *ad litem* de l'avocat étant ainsi établies de façon à sauvegarder les principes fondamentaux de la profession, il paraît difficile de vouloir refuser à l'avocat le titre de mandataire privilégié devant certaines juridictions spéciales, au seul prétexte que le législateur n'a pas manifesté expressément sa volonté de lui en accorder le bénéfice.

(24) Civ. 9 mai 1933, D. H. 1933-329 (interdiction de tout acte particulier relevant de la profession d'agent d'affaires), — Aix, 27 juin 1934, D. P. 1934-2-73, note APPLETON (interdiction des maniements de fonds).

SECTION II

**Etendue de la responsabilité de l'avocat mandataire
« ad litem » de son client.**

Le rôle essentiel de l'avocat n'étant point, comme c'est le cas pour l'avoué, un rôle de mandataire, ce ne sera que dans les limites strictes de son mandat que l'avocat encourra une responsabilité spéciale, et comme devant les juridictions où il peut devenir mandataire il cumulera sa fonction propre de défenseur avec celle de représentant légal du client, il ne pourra être recherché comme mandataire que pour les actes propres de représentation, tous les actes ressortissant à son rôle de défenseur restant toujours tributaires de la responsabilité attachée à cette fonction.

Devant les juridictions d'exception, l'avocat peut encourir envers son client trois sortes de responsabilité différentes.

S'il se borne à la défense du client, présent à l'audience, sa responsabilité sera identique à celle qui pèse sur lui lorsqu'il plaide devant les juridictions normales.

S'il est mandataire *ad litem* de son client dans les limites que la loi et le Conseil de l'Ordre lui fixent, sa responsabilité sera comparable à celle d'un mandataire de droit commun, quelque peu modifiée cependant comme nous allons le voir un peu plus loin.

Enfin, s'il accepte, contrairement à ses règles professionnelles, un mandat écrit, il supportera la responsabilité du mandataire de droit commun, sans préjudice des sanctions disciplinaires dont il sera l'objet. Mais en enfreignant les règles de sa profession, il agit comme un simple particulier et cette hypothèse sort du cadre de notre étude.

Seule, la seconde hypothèse va donc faire l'objet de notre examen.

La responsabilité de l'avocat résultant de sa situation de mandataire est, à l'égard de son client, de nature contractuelle. Elle obéit aux règles générales de la responsabilité contractuelle et plus spécialement aux règles de la responsabilité du mandataire. Ces règles se trouvent, cependant, légèrement transposées et atténuées, car le fait de représenter une partie ne soustrait nullement l'avocat aux règles et aux principes de sa profession. Ses droits et ses devoirs ne s'en trouvent ni diminués, ni renforcés, et il en résulte que l'avocat mandataire *ad litem* reste toujours un mandataire d'une nature un peu spéciale, parce qu'exerçant son mandat en fonction et sous le contrôle de la discipline corporative.

La responsabilité de l'avocat étant de nature contractuelle, la preuve du préjudice incombe au client et la responsabilité peut naître soit de l'inexécution, soit de la mauvaise exécution du mandat, mais elle ne s'étend qu'au préjudice direct et prévisible.

Le Code civil pose une double règle : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé et répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter de son inexécution ». En outre, il « répond non seulement du dol mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire... » ⁽²⁵⁾.

Le mandataire doit donc continuer son mandat tant qu'il n'en est pas relevé. Or, nous avons vu que l'avocat pouvait abandonner la cause qu'il avait acceptée et que le client ne pouvait utilement lui en demander compte que s'il avait abusé de ce droit d'abandon. Cette règle générale s'applique à l'avocat même lorsqu'il représente son client et transpose

(25) Art. 1991 et 1992 du Code Civil.

ainsi sa responsabilité sur le plan délictuel dans les conditions d'ailleurs prévues par l'art. 2007 du Code civil.

En second lieu, le mandataire répond de sa mauvaise exécution, ce qui relève encore — l'art. 1992 le sous-entend — du domaine délictuel, puisque ce texte précise que, dans ce cas, la faute sera appréciée plus ou moins sévèrement selon le caractère gratuit ou salarié du mandat.

La question qui vient alors à l'esprit est de savoir de quelle nature est le mandat de l'avocat : est-il gratuit ou salarié ? Il nous paraît difficile de considérer l'avocat comme un véritable mandataire salarié. Sans doute, ne peut-on contester l'effectivité du versement des honoraires, mais les moyens comminatoires ou coercitifs envers le client récalcitrant qui refuse de rémunérer son défenseur ne sont pas plus permis à l'avocat-mandataire qu'ils ne le sont à l'avocat-défenseur.

La comparaison avec l'avoué semble corroborer cette opinion. L'avoué est, en effet, un vrai mandataire salarié parce que la rémunération qu'il reçoit est calculée d'une façon proportionnelle au nombre et à la qualité des actes qu'il effectue, alors que l'avocat, bien que mandataire, reste d'abord et surtout avocat, c'est-à-dire défenseur, et les honoraires qu'il touche n'ont rien de comparable à un décompte taxé des actes accomplis, ils correspondent à l'ensemble du service rendu, ils ne sont pas un « état de frais ».

La responsabilité de l'avocat mandataire est donc, au fond, peu différente de sa responsabilité de défenseur, justement parce que l'avocat ne remplit le rôle d'un mandataire que parce qu'il y est, en quelque sorte, contraint par l'absence de tout autre représentant du client. Sa véritable fonction de défenseur de la cause reste toujours prépondérante ; s'il est un mandataire, c'est uniquement dans l'intérêt de son client, car il se défend de tirer de son attribution nouvelle une source supplémentaire de gain.

indépendante des honoraires qu'il touche en sa qualité de défenseur.

L'appréciation de la responsabilité de l'avocat est donc laissée à la sagesse du juge qui se montrera indulgent s'il s'agit d'une affaire d'assistance judiciaire, où aucune rémunération n'est permise, plus sévère lorsque des honoraires auront été versés, mais qui se réfèrera dans tous les cas aux faits mêmes de l'espèce qui lui sera soumise.

Obéissant sur le terrain des principes aux règles contractuelles la responsabilité de l'avocat mandataire se trouvera souvent voisine d'une responsabilité délictuelle.

Si le mandat *ad litem* n'est pas exécuté, si les actes nécessaires à la bonne marche du procès n'ont pas été effectués par l'avocat, sa responsabilité s'engagera d'une manière automatique. Il sera responsable de l'inexécution de son mandat et des dommages qui en seront résultés. Cette hypothèse entre nettement dans le cadre contractuel : l'obligation inexécutée oblige à réparation.

Si le mandat a été seulement mal exécuté, l'avocat ayant négligé, volontairement ou non, d'accomplir certains actes essentiels de la procédure, sa responsabilité se rapprochera du système délictuel, le juge devant interpréter et apprécier la faute reprochée.

Enfin, si le mandat a été au contraire outrepassé, on est en dehors du domaine contractuel. Le mandant pourra faire tomber l'acte qui n'entraîne pas dans les pouvoirs du mandataire, mais la nullité de cet acte pourra préjudicier aux tiers qui pourront être lésés par cette annulation, alors qu'ils étaient en droit de considérer comme valablement effectué.

En résumé, les nécessités pratiques ont conduit à l'élargissement du rôle classique de l'avocat. Le droit, pour celui-ci, de représenter le client, lorsque le ministère de l'avoué n'est pas indispensable, peut être actuellement considéré comme acquis devant toutes les juridictions

spéciales. Mais l'octroi à l'avocat d'attributions supplémentaires, différentes par nature de sa fonction habituelle, ne doit et ne peut modifier l'économie essentielle de son activité professionnelle.

Aussi bien, ne faut-il pas oublier en étudiant la responsabilité de l'avocat mandataire, que ce rôle de représentant légal, que les membres du Barreau jouent à la barre de nombreuses juridictions, reste toujours dominé par la fonction de défenseur, dont les règles propres gardent toute leur vigueur et qui imprègnent largement le rôle nouveau que le législateur leur a imparti. La responsabilité spéciale qui peut en naître doit être appréciée en fonction de cette incidence. Le magistrat à qui s'adressera le plaignant appréciera d'autant mieux le bien-fondé de la réclamation, qu'étant en contact permanent avec les membres du Barreau, il en connaît bien les règles et les usages, et pourra ainsi ramener à leurs proportions objectives les faits incriminés, en dégager judicieusement et avec sagesse la solution qu'ils comportent, en un mot, concilier harmonieusement la théorie juridique pure avec le droit positif et les principes supérieurs d'équité.

LIVRE II

LES APPLICATIONS

LIVRE SECOND

LES APPLICATIONS

Après avoir étudié le problème théorique de la responsabilité civile des avocats, nous allons essayer de parcourir le champ de ses applications pratiques, c'est-à-dire de dégager et de préciser, dans le cadre de leur activité professionnelle, les hypothèses où la conduite fautive des membres du Barreau pourra engager leur responsabilité et entraîner à leur encontre une condamnation à des dommages et intérêts.

Rappelons que l'avocat peut accomplir valablement, comme tout particulier, tous les actes juridiques non contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et que ces actes entraîneront leurs pleins effets juridiques à son encontre, sous réserve des sanctions disciplinaires dont il sera l'objet, si ces actes, bien que licites, sont prohibés par le règlement intérieur du Barreau dont il fait partie. Nous faisons ici allusion à la responsabilité civile de l'avocat en tant qu'individu, c'est-à-dire, résultant de son activité

extra-professionnelle, responsabilité de droit commun qui n'entre pas dans le cadre de notre travail.

Quant à la responsabilité purement professionnelle, nous n'avons pas la prétention d'en exposer tous les cas possibles, mais seulement d'examiner, dans le processus de la défense en justice les hypothèses les plus intéressantes.

Nous avons vu que le rôle de l'avocat devant les tribunaux civils s'analysait en une simple assistance du client, alors que devant les tribunaux d'exception, cette assistance en justice se renforçait d'une véritable représentation. Il en résulte que, si l'avocat, au cours du procès, effectue certains actes professionnels analogues devant les deux catégories de juridiction, il reste, cependant, que devant celles où l'avocat est un mandataire, le cercle beaucoup plus large de son activité professionnelle nous mettra en présence de certains cas de responsabilité spéciaux à ses attributions supplémentaires.

Nous allons donc examiner dans un premier chapitre les cas généraux les plus intéressants qui peuvent donner naissance, en pratique, à la responsabilité de l'avocat envers ses clients. Nous entendons par cas généraux, les cas de responsabilité qui dérivent de la fonction essentielle de l'avocat : celle de défenseur. C'est dire que les hypothèses que nous allons envisager joueront indépendamment du rôle de l'avocat, c'est-à-dire que celui-ci ne fasse qu'assister son client ou bien qu'il le représente.

Dans un second chapitre, nous accorderons notre attention à la responsabilité générale envers les tiers, du chef d'imputations injurieuses, outrageantes ou diffamatoires qui peuvent être formulées à la barre par les avocats.

Nous envisagerons, en troisième lieu, les cas spéciaux de responsabilité propres à l'activité particulière de l'avocat mandataire aussi bien envers les clients qu'envers les tiers.

Nous nous occuperons, enfin, brièvement, de certaines responsabilités spéciales de l'avocat, celui-ci pouvant être amené à remplir certaines fonctions, qui ne sont pas à proprement parler extra-professionnelles mais qui débordent, cependant, un peu, l'exercice normal de la profession (suppléance des magistrats, arbitrage).

CHAPITRE PREMIER

CAS GENERAUX DE RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT ENVERS SES CLIENTS

Pour tâcher de conserver un ordre aux diverses hypothèses que nous allons aborder, il nous paraît logique de les classer chronologiquement, en d'autres termes, d'envisager les rapports de l'avocat et de son client au cours du processus judiciaire, et d'en dégager, au fur et à mesure, les exemples les plus typiques qui peuvent venir illustrer les considérations théoriques de notre première partie.

Il vient immédiatement à l'esprit que la responsabilité de l'avocat peut naître à l'occasion des rapports qui se forment lorsque le client va trouver un avocat dans le but de se renseigner, d'éclairer sa religion sur un point déterminé, en un mot, pour solliciter une consultation.

Si, postérieurement, le client décide de porter à la barre des tribunaux ses prétentions, l'hypothèse pratique qui relèvera de notre étude sera celle de l'acceptation de la

cause avec ses corollaires : abandon et liberté de conduite du procès. Le dossier étant définitivement accepté, c'est la question des honoraires et de l'interdiction du pacte de *quota litis* à laquelle nous accorderons notre attention. Enfin, la responsabilité attachée à la plaidoirie, à la violation du secret professionnel et à la rétention du dossier, seront autant d'autres points qui mériteront d'être retenus.

SECTION I

Responsabilité en matière de consultation

Le rôle de conseiller juridique de l'avocat est particulièrement important, bien qu'il n'ait aucun monopole en cette matière ⁽¹⁾. Il est certain que les garanties que présentent les membres du Barreau, aussi bien dans le domaine de l'honorabilité que dans celui des connaissances techniques, les désignent, préférentiellement, au justiciable qui veut se renseigner aussi exactement que possible sur une question juridique, ou qui désire se faire préciser les droits et les obligations qui sont ou peuvent être la conséquence d'une situation actuelle ou éventuelle.

La consultation, qui peut être orale, lorsqu'il s'agit d'un simple point de détail, est le plus souvent un avis écrit qui, à la différence du mémoire envisage la question sous toutes ses faces et en développe tous les arguments juridiques, sans s'attacher à l'intérêt particulier du consultant. Elle est destinée à éclairer entièrement le client, tandis que le mémoire n'a qu'un but unilatéral, celui d'appuyer et de

(1) Sauf pour les consultations obligatoires, en matière de transaction de mineurs (art. 467 du Code Civil) et de requête civile (art. 495 du Code de procédure civile). De même, en principe, les membres du Barreau ont le monopole des consultations destinées à être produites en justice. Ce privilège appartient aussi aux professeurs de droit.

soutenir les droits d'un plaideur au cours d'une instance en justice.

Il faut assimiler à la consultation la rédaction de projets d'actes sous-seing privé, qui entre indiscutablement dans l'exercice de la fonction d'avocat.

Il est certain que, tout comme le médecin qui commet involontairement une erreur de diagnostic, l'avocat peut émettre, de bonne foi, un avis entaché d'erreur ou incomplet. Sa responsabilité sera-t-elle engagée, de ce fait ? Le rapprochement des situations du médecin et de l'avocat nous conduit à une réponse identique et négative.

Les hésitations et les incertitudes de la science médicale peuvent être comparées à celles de la doctrine et de la jurisprudence. On ne saurait retenir à l'encontre de l'avocat l'erreur qu'il a commise de bonne foi dans l'élaboration de ses conseils. Cette erreur constitue une faute professionnelle que tout autre avocat normalement consciencieux et compétent n'aurait peut-être pas commise, mais aurait pu commettre.

Quand un client s'adresse à un avocat, il est en droit d'attendre de lui ce qu'il aurait pu attendre de tout autre de ses confrères, mais si l'erreur commise était susceptible de l'être par tout autre avocat, la responsabilité de son auteur ne peut être engagée, en vertu du critère de la faute professionnelle non imputable, que nous avons mis en relief dans notre première partie.

Est-ce à dire que l'avocat sera toujours irresponsable ? Certes non, car il doit vérifier et rassembler avec soin tous les éléments nécessaires à établir sa consultation, et si on relève à sa charge une méconnaissance inexcusable de la science juridique, si on démontre à son encontre une négligence grossière, impardonnable, dans l'avis formulé,

on est alors en présence d'une faute lourde dont l'avocat doit rendre compte à son client.

La responsabilité éventuelle de l'avocat peut donc procéder de deux hypothèses : lorsqu'il aura fait preuve d'une ignorance inexcusable de son art ou quand il se sera montré gravement négligent en se prononçant à la légère, sans s'entourer de tous les renseignements indispensables.

C'est ce qu'a exprimé très justement le procureur général DUPIN dans ses conclusions devant la Cour de cassation (2) lorsqu'il affirmait : « Il ne faut pas oublier que pour qu'un homme puisse être déclaré responsable d'un acte de sa profession, il faut qu'il y ait faute dans son action, c'est-à-dire qu'il lui ait été possible avec plus de vigilance sur lui-même ou sur ses actes de s'en garantir, ou que le fait qui lui est reproché soit tel que l'ignorance sur ce point ne lui soit pas permise dans sa profession ».

Le Barreau, comme toute autre profession, comprend des membres dont la culture professionnelle est souvent fort inégale. Si l'on ne peut exiger la perfection de chacun et faire grief à un avocat de ne pas posséder sur certaines questions les connaissances approfondies d'un spécialiste, il y a lieu de réclamer, cependant, une compétence minimum. Si le diplôme nécessaire ne met pas l'avocat à l'abri de toute défaillance, il ne saurait constituer pour lui un « brevet d'impunité ».

Outre l'erreur ou la négligence lourde, le dol et la fraude, a fortiori, entraîneront la responsabilité de leur auteur. L'intention de nuire constitue, en effet, un degré supérieur dans l'échelle de gravité de la faute. L'avocat qui aurait, par exemple, conseillé à son client un procès implaidable et perdu d'avance pour toucher des honoraires plus importants, ou parce qu'il se serait rendu coupable de collusion avec l'adversaire, ne saurait échapper à une condamnation

(2) Civ. 18 juin 1835, S. 1835-1-401.

pécuniaire sévère, sans préjudice des sanctions disciplinaires.

Hâtons-nous de dire, qu'à notre connaissance, les tribunaux n'ont jamais eu à connaître de telles hypothèses.

Par contre, la jurisprudence a eu à apprécier la responsabilité de l'avocat à la suite d'erreur ou de négligence involontaire. C'est ainsi que la Cour de Bruxelles ⁽³⁾ a eu à statuer sur l'espèce suivante : Un sieur S... étant allé trouver son avocat pour le consulter sur la validité d'une subrogation de l'hypothèque légale consentie à son profit par la femme de son créancier, reçut une réponse affirmative et se fit céder la créance de la femme avec subrogation de tous ses droits. Mais un ordre ayant été ouvert pour la distribution du prix des immeubles du mari grevés par l'hypothèque légale de la femme, S... eut la désagréable surprise de se voir préférer deux autres créanciers, à qui la perfide épouse avait antérieurement consenti la même subrogation, et qui furent seuls colloqués.

Ayant assigné son avocat en réparation du préjudice subi par le fait de sa négligence, la Cour de Bruxelles, confirmant un jugement du tribunal du même siège, débouta le demandeur par les motifs suivants : « Attendu qu'en principe, à moins de dol ou de fraude, l'avocat ne répond pas des conséquences de ses avis... ; que le défendeur (l'avocat) a dû simplement, ainsi qu'il le soutient, donner son avis sur la validité de la cession au point de vue du droit, et n'avait pas à s'occuper des vérifications matérielles destinées à reconnaître si la créance était sérieuse et le droit du cessionnaire suffisamment garanti ».

Dans le même sens, il a été jugé que « lorsqu'un avocat consulté, a donné son avis de bonne foi et sans intention de nuire, il ne peut être déclaré responsable par le seul fait que l'avis ne se trouverait pas exact » ⁽⁴⁾.

(3) 7 avril 1857. D. 1857-2-223.

(4) Trib. de Paix Ploërmel, 29 mai 1900, Mon. jud. paix, 1900, p. 361.
— Comp. Valence, 20 fév. 1905. Pand. fr. 1905-1-297.

Dans un ordre d'idées voisin, la responsabilité de l'avocat ne peut être retenue « à raison de ce qu'il aurait fourni le modèle d'un télégramme... ou le projet d'une lettre » (5) au prétexte qu'il en est résulté des conséquences défavorables pour le client. C'est une application pratique de l'analyse qui nous a montré que l'avocat n'était débiteur que d'une obligation de moyen et qu'il ne s'engageait jamais à obtenir le résultat désiré par son client.

En matière de consultation, la responsabilité de l'avocat ne peut donc être déclenchée que par une ignorance ou une négligence lourde et, a fortiori, par l'existence d'un dol ou d'une fraude.

SECTION II

Responsabilité de l'avocat qui refuse ou abandonne une cause.

Si un plaideur se présente chez un avocat pour le charger de défendre ses droits, et si cet avocat lui refuse son ministère, pourra-t-il lui réclamer des dommages et intérêts motivés par ce refus ?

Sur ce point, la réponse ne présente aucune difficulté pour une double raison. Il ne faut point oublier, en premier lieu, que le succès de toute action en responsabilité est subordonné, non seulement à l'existence d'une faute, mais aussi, et en même temps, à la preuve d'un préjudice. Il apparaît ici clairement que le plaideur qui voit son dossier refusé peut difficilement exciper d'un dommage quelconque, étant donné qu'il a la facilité de trouver un autre défenseur.

(5) Trib. Civ. Seine 30 janv. 1914; G. P. 1914-1-220.

En second lieu, un avocat ne refusera généralement pas son concours sans raison, encore qu'il n'ait pas l'obligation de rendre compte des motifs de sa décision. Le grand principe d'indépendance de la profession et la qualité d'auxiliaire de la justice de ses membres, suppriment, d'ailleurs, toute discussion. La conséquence la plus directe n'en est-elle pas, en effet, la liberté entière dans le choix des causes ?

Si l'avocat n'était pas maître d'accorder son assistance ou de la refuser, si sa décision n'était pas dictée uniquement par sa conscience professionnelle, si l'intérêt personnel du client était son seul guide, que deviendrait bien souvent cette indépendance qui est la plus sûre garantie de la confiance accordée aux membres du Barreau ?

Il n'est que d'imaginer, par exemple, la situation d'un avocat sollicité de plaider contre un parent, un ami ou un ancien client, ou qui ne serait pas d'accord avec le plaideur sur la façon d'organiser et de conduire l'instance. Le fond lui-même du procès, son caractère immoral, peuvent aussi inciter l'avocat à s'abstenir.

Le client n'a donc aucun recours contre la décision de l'avocat. Celui-ci est entièrement libre de refuser de plaider et même de consulter, ne serait-ce que, parce qu'étant trop occupé, il estime ne pas pouvoir accorder à la tâche qu'on lui demande toute la conscience nécessaire ⁽⁶⁾.

La jurisprudence, fort rarement consultée, a abondé dans ce sens. Notamment, dans une affaire où un avocat avait refusé de plaider un procès, après avoir lui-même conseillé de l'engager, la Cour de Riom ⁽⁷⁾ n'en décida pas moins : « Attendu qu'en principe général, la profession d'avocat est libre, et qu'il est permis à celui qui l'exerce de refuser ou

(6) Cf. MOLLOT, op. cit., T. I, p. 79 et 106. — DES CRESSONNIÈRES: *Entretien sur la profession d'avocat et les règles professionnelles*, 1921, p. 27 et s. — APPLETON, op. cit., n° 225. — PAYEN et DUVEAU, op. cit., n° 396 et s.

(7) 11 juillet 1828, D. 1828-2-204.

d'accepter en matière civile, les causes qui lui sont présentées... même après avoir conseillé l'affaire... parce que ce serait gêner la liberté et l'indépendance inhérentes à la profession d'avocat ».

Pour être complet, signalons quelques exceptions légales au principe que nous venons de dégager, exceptions que nous nous contenterons de citer à titre documentaire, puisqu'aussi bien les seules sanctions qu'elles peuvent comporter sont d'ordre disciplinaire et débordent, par là, notre sujet. Les avocats sont, en effet, obligatoirement tenus de prêter leur ministère en cas de désignation d'office, soit en matière criminelle, soit en matière civile ⁽⁸⁾, ainsi que dans les cas de consultation obligatoire prévus par la loi ⁽⁹⁾.

Quand l'avocat a accepté la mission de plaider, on peut se demander s'il a la possibilité de restituer le dossier ou d'abandonner son concours, alors que l'instance n'est pas terminée. C'est encore ici le principe d'indépendance qui justifie une réponse affirmative.

L'avocat peut, en effet, pour de multiples raisons, voir se modifier l'opinion première qu'il avait sur le procès. Soit que la première impression ait été infirmée par un examen plus sérieux, soit que le désaccord sur la conduite du procès survienne postérieurement à l'acceptation du dossier, soit encore que la communication des pièces de l'adversaire mette à jour d'importantes lacunes ou réticences du client qui viennent bouleverser l'économie de l'affaire, il apparaît que l'indépendance du défenseur se trouverait singulièrement battue en brèche, sinon supprimée, s'il ne pouvait renoncer, dans ces cas, à continuer son assistance ⁽¹⁰⁾.

Il n'est, pour s'en convaincre, que de reprendre les quel-

(8) Art. 44 du décret du 20 juin 1920.

(9) Voir la note 1 du présent chapitre.

(10) Cf. AUBRY et RAU. — Op. cit., t. IV, § 344 et note 3 de ce paragraphe.

ques exemples que nous venons de donner, pour constater que ce sont des faits nouveaux qui ont modifié l'opinion liminaire de l'avocat. Il ne faudrait pas, toutefois, conclure que l'abandon de cause est, en toute hypothèse, couvert par l'impunité, et, s'il est tel qu'il constitue de la part de l'avocat une véritable négligence qui compromet les intérêts de son client, ce dernier exercera utilement un recours réparatoire. Il en sera ainsi, notamment, si la notification du refus est tellement tardive qu'elle ne laisse point au client le temps de trouver un autre avocat, ou bien, si, l'affaire étant fixée pour être plaidée, l'avocat ne se présente pas à la barre, sans motif sérieux à l'appui de son absence.

Le décret du 2 juillet 1812, sur la plaidoirie devant les cours et tribunaux, qui est toujours en vigueur, prévoit formellement cette carence fautive de l'avocat, et l'art. 8 en prévoit la sanction : « Hors ces deux cas (la maladie, ou le fait de plaider devant une autre juridiction), lorsque l'avocat chargé de l'affaire et saisi des pièces ne se sera pas trouvé à l'appel de la cause et que par sa faute elle aura été retirée du rôle et n'aura pu être plaidée au jour indiqué, il pourra être condamné personnellement aux frais de la remise et aux dommages et intérêts du retard envers la partie, s'il y a lieu ».

C'est donc l'abus du droit d'abandon, la négligence fautive, qui engageront la responsabilité de l'avocat chaque fois que le client excipera d'un dommage. C'est ce que la Cour suprême ⁽¹¹⁾ a très justement exprimé en disant « que le devoir imposé aux avocats de ne prêter leur ministère qu'aux causes dont la justice est manifeste à leurs esprits, ne saurait devenir une excuse suffisante pour les affranchir de toute responsabilité dans le cas où, par l'effet d'une négligence ou d'un refus tardif de leur part, les

(11) Arrêt du 6 juillet 1813.

intérêts de leurs clients se trouveraient compromis, et où ceux-ci en éprouveraient quelque préjudice ».

L'avocat doit donc être prudent et aviser son client dès qu'il a décidé de ne pas plaider, afin de ne pas encourir une condamnation pécuniaire justifiée. De même, s'il est empêché le jour de l'appel des causes, il doit avertir le président et l'avoué, s'il y en a un, afin d'éviter l'application de l'art. 8 du décret de 1812 ⁽¹²⁾.

La prudence lui conseillera aussi de ne pas imiter ce confrère qui, chargé de représenter une partie civile devant un tribunal correctionnel, se trouvait bien au Palais de Justice le jour de la fixation de l'affaire, mais, étant en train de bavarder dans les couloirs, laissa prendre un jugement de défaut contre son client. Le Tribunal de Bordeaux ⁽¹³⁾ le condamna au paiement des frais exposés en pure perte et au remboursement des honoraires, à titre de dommages et intérêts.

SECTION III

Responsabilité en cas de substitution d'un confrère.

Une hypothèse qui se rapproche un peu de l'abandon de cause, bien que ses conséquences soient moins graves, est celle où l'avocat se fait remplacer, de sa propre initiative, par un confrère, sans en avertir le client et sans lui demander son approbation. Il n'est pas douteux que lorsqu'un plaideur confie un dossier à un avocat, il tient essentiellement à ce que le défendeur qu'il a choisi l'assiste personnellement au cours de son procès. Ce choix *intuitu*

(12) Bastia, 15 juillet 1857, S. 1857-2-669.

(13) 14 février 1887, D. 1887-3-96.

personæ a une importance caractéristique dans son esprit. Sa détermination a été dictée par le talent et la science juridique de celui à qui il a accordé sa confiance. Celui-ci doit donc remplir lui-même la mission qu'il a acceptée.

Si donc l'avocat choisi se substitue un confrère, sans l'assentiment de son client, ce dernier pourra le lui reprocher et lui réclamer la réparation du préjudice qu'il pourra estimer avoir subi.

Il est certain, en effet, que, dans la plaidoirie, la valeur personnelle de l'avocat, joue un rôle indéniable. La substitution d'un confrère, au dernier moment, constitue une faute dont l'auteur peut se voir demander compte, encore que le préjudice matériel soit très difficile à prouver, devant la difficulté d'établir que le résultat obtenu eût été meilleur avec le premier avocat. Le plaideur pourra toujours, cependant, exciper d'un dommage moral qu'il sera difficile de lui contester.

En somme, la substitution effectuée en dehors de l'assentiment du client, constitue, en quelque sorte, à son égard, un quasi-abandon de cause que l'avocat aurait dû éviter en lui restituant loyalement le dossier afin de lui laisser toute liberté dans le choix d'un nouveau défenseur.

SECTION IV

Responsabilité en matière d'honoraires.

Nous avons vu que l'honoraire n'était pas la contre-partie juridique d'un engagement contractuel, mais la rémunération équitable du service rendu par l'avocat. Si, en effet, l'honoraire était d'essence contractuelle, le juge ne pourrait en aucune manière modifier les stipulations du contrat légalement formé entre les parties. Nous allons

voir, au contraire, que les tribunaux s'arrogent le droit de réviser et de réduire les honoraires exagérés, et de les ramener à un niveau qui corresponde au travail effectif fourni par l'avocat ⁽¹⁴⁾.

La responsabilité civile de l'avocat en matière d'honoraires se résoudra donc normalement en une restitution plus ou moins importante des honoraires versés.

Une première hypothèse de responsabilité peut naître du fait que l'avocat ayant touché des honoraires, ou tout au moins une provision, n'exécute pas sa mission, soit qu'un juste motif l'en empêche, soit encore qu'il se rende coupable de négligence. Si l'avocat a été dans l'impossibilité de plaider, pour cause de maladie, par exemple, la restitution intégrale ne nous paraît pas équitable, car l'avocat a préparé le dossier et, partant, mérite de conserver une part des honoraires versés. Si, au contraire, c'est par sa négligence qu'il ne se présente pas à la barre lorsque l'affaire qui lui a été confiée est appelée, l'avocat doit restituer l'intégralité des honoraires reçus, indépendamment des dommages et intérêts dont il pourra être redevable à son client ⁽¹⁵⁾.

Il se peut, aussi, que, bien que l'avocat ait normalement rempli son ministère, le client estime cependant excessifs les honoraires versés, compte tenu du service réellement rendu, en définitive, par l'avocat. Le client pourra-t-il, dans ce cas, obtenir la répétition de ce qu'il prétend avoir versé en trop ? Les auteurs ⁽¹⁶⁾ qui se sont occupés de cette

(14) Dijon, 24 janv. 1842, D. 42-2-126; Crim. 11 fév. 1867, D. 68-5-248. — Limoges, 24 juin 1874, D. 76-1-161, Agen, 4 mars 1889, D. 90-2-281.

(15) Citons le cas de cet avocat qui avait laissé prendre un jugement de défaut contre son client pour ne pas avoir été présent lors de l'appel de l'affaire, et qui fut condamné par le Tribunal de Bordeaux (14 février 1887, D. 87-3-96) à restituer les honoraires versés, sans préjudice des frais exposés inutilement par le fait de sa négligence.

(16) Cf. MOLLOT. — Op. cit., t. I, p. 121. — CRESSON, op. cit., p. 330 s. — APPLETON, op. cit., n° 235. — PAYEN et DUVEAU, n° 466.

question repoussent toute idée de restitution en se fondant sur ce que la somme ayant été versée sciemment par le client, celui-ci l'a donc considérée comme normale, et ne peut ensuite venir en réclamer le remboursement. Les règlements des Barreaux aboutissent à la même conclusion mais par des considérations différentes : l'avocat qui, professionnellement, ne peut poursuivre librement en justice le paiement de ses honoraires, ne doit pas être l'objet d'une mesure inverse et se voir contraint de rembourser, même partiellement, ce qui lui a été versé de bonne foi.

Un jugement du Tribunal de paix de Saint-Amand ⁽¹⁷⁾ semble avoir admis implicitement cette solution lorsqu'il déclare : « En cas de contestation sur le quantum des honoraires, et en l'absence de tout engagement du client relativement au chiffre réclamé, il appartient aux juges de fixer celui-ci ».

Il nous semble, personnellement, que la restitution partielle doit être possible, même en l'absence de dol dans l'obtention des honoraires, lorsque ceux-ci sont manifestement excessifs. Notons, en fait, que pour le respect de la dignité de la profession, on voit de nombreux avocats, comme le remarquent justement MM. PAYEN et DUVEAU, « accepter, sur le conseil du bâtonnier, pour ce motif, des restitutions injustement réclamées par le client » ⁽¹⁸⁾.

Il n'est pas douteux que si l'avocat a usé de dol pour obtenir des honoraires exagérés, il sera non seulement obligé de rembourser ce qu'il a touché abusivement, mais encore il encourra une responsabilité disciplinaire sévère.

Citons, à titre d'exemple, deux espèces caractéristiques. Un avocat s'était fait verser, pour défendre un client renvoyé devant la Cour d'assises, des honoraires dont le montant ne pouvait donner lieu à critique. Mais ayant obtenu

(17) 26 juillet 1913, G. P. 1913, 2, 574.

(18) PAYEN et DUVEAU, op. cit., n° 450.

un acquittement, il profita de cette circonstance, en abusant de l'inexpérience de son client, pour exiger de lui une reconnaissance de dette importante pour complément d'honoraires, fictivement signée antérieurement à l'audience et en vue de l'acquittement.

La Cour d'Agen ⁽¹⁹⁾, saisie de l'affaire, déclara sans effet la reconnaissance de dette frauduleusement obtenue, en posant en principe que l'honoraire stipulé « ne doit pas dépasser une rémunération juste et convenable et que les tribunaux ont le droit de le réduire quand il est hors de proportion avec le service rendu..., qu'on devrait du moins leur reconnaître ce pouvoir pour le cas où il a été consenti sous l'influence de manœuvres dolosives ».

Dans une autre espèce, un avocat avait été chargé par une cliente, habitant la France, de suivre devant le Tribunal de Tunis une instance à l'effet d'obtenir l'inscription d'une hypothèque de premier rang sur un certain immeuble. La question du rang de l'hypothèque était le point essentiel du procès, car deux autres créanciers excipaient d'une antériorité d'inscription pour une somme globale à peu près égale à la valeur de l'immeuble en question. Si donc ces deux créanciers obtenaient satisfaction, les droits de la cliente se trouvaient pratiquement inefficaces, et c'est, d'ailleurs, ce qui se produisit.

Or, l'avocat envoya à sa cliente un télégramme lui annonçant que le Tribunal avait ordonné l'inscription, mais sans préciser que l'hypothèque ne venait qu'au troisième rang. Cette première réticence fut aggravée par une lettre où le défenseur se flatta d'avoir obtenu « un résultat inespéré » en laissant persister l'équivoque. Il obtint ainsi le versement d'honoraires particulièrement importants.

La Cour de cassation ⁽²⁰⁾ consacra le principe de la

(19) 4 mars 1889, D. 1890-2-281.

(20) Req. 8 juin 1901, D. 1903-1-344.

réduction en déclarant que les agissements de l'avocat avaient constitué « une manœuvre ayant eu pour but d'obtenir de sa cliente la cession d'une somme hors de proportion avec la situation de fortune de celle-ci et avec le service qui lui avait été rendu ».

A l'égal des manœuvres dolosives, la contrainte morale engage la responsabilité de son auteur et motive la réduction d'honoraires exagérés obtenus par ce moyen. C'est ainsi que le Tribunal civil de la Seine ⁽²¹⁾ a jugé qu'est « sujette à répétition la somme versée par un client à son avocat à titre d'honoraires sous l'empire d'une contrainte morale telle que la menace de l'échec d'une transaction ».

Quant à la restitution intégrale elle ne sera possible qu'au cas où le client étant assisté judiciaire ou ayant demandé un avocat d'office le défenseur désigné lui aurait illicitement demandé des honoraires, même de faible importance ⁽²²⁾, car il n'a même pas le droit d'en accepter dans ce cas, au moins sans l'autorisation du bâtonnier. La charge de la preuve sera ici renversée. En effet, tandis que dans toutes les autres hypothèses c'est le demandeur en révision, c'est-à-dire le client, qui doit prouver l'exagération du chiffre ⁽²³⁾, ici, le principe légal de gratuité supprime toute preuve de ce genre, puisqu'aussi bien, par définition, l'avocat ne peut demander aucune rémunération, si minime soit-elle.

Pactes de quota-litis

Nous avons vu que l'art. 1597 du Code civil interdisait aux membres du Barreau toute convention qui les associerait, pour une quote-part de la condamnation pécuniaire à intervenir, aux chances du procès de leur client. De telles

(21) 1^{er} mars 1905, G. P. 1905-1-365.

(22) Caen, 8 janv. 1900, D. 1900-2-15.

(23) Dijon, 24 janv. 1842, D. 1842-2-126.

cessions de droits litigieux ou de tels pactes de *quota-litis* ne sont, en somme, que des conventions d'honoraires que la loi prohibe avec raison, comme contraires à l'indépendance et à la sérénité dont les avocats ne doivent pas être tentés de se départir, en devenant eux-mêmes, en quelque sorte, partie au procès.

Ici, aucune difficulté, la loi prévoyant expressément la nullité de tout acte de ce genre. L'avocat qui concluerait un pacte de *quota-litis* et qui toucherait le pourcentage stipulé, se verrait obligé de rembourser intégralement la somme reçue, le client n'ayant qu'à démontrer l'existence de la convention ⁽²⁴⁾. La jurisprudence, interprétant dans un sens large les termes de l'art. 1597 assimile aux droits qui font l'objet d'un litige effectivement pendant devant les tribunaux, lors de la conclusion de l'acte, tous les droits qui peuvent éventuellement devenir litigieux à une époque ultérieure ⁽²⁵⁾.

Par contre, une convention accordant à un avocat une quote-part sur des droits qui ne présentent plus le caractère litigieux à la date de sa signature, est entièrement licite et par conséquent civilement valable. Ainsi le Tribunal de la Seine a déclaré valable une convention accordant dix pour cent à l'avocat sur la part nette d'une succession ne pouvant plus être considérée comme litigieuse à la date de l'acte ⁽²⁶⁾.

Signalons, à titre documentaire, qu'il faut éviter de confondre le pacte de *quota-litis* avec le système assez courant du forfait d'honoraires qui est l'engagement par lequel un avocat, moyennant une rémunération préétablie, accepte, par exemple, de plaider tous les procès d'une même personne ou d'une même société qui prendront

(24) Nancy, 1^{er} janvier 1840, D. 1840-2-169. — Cass. 22 août 1853, D. 1854-1-345. — Charleville, 28 mars 1907, D. 1907-2-147.

(25) Req. 4 fév. 1851, D. 51-1-242. — Chambéry, 30 juillet 1894, D. 96-2-285.

(26) 18 mars 1919, G. P. 1919-2-372.

naissance pendant une période déterminée. Ce forfait d'honoraires pour plaidoiries est d'ailleurs interdit par les règles professionnelles qui y voient une atteinte à l'indépendance de l'avocat par le fait que celui-ci s'engagerait à plaider quelle que soit la moralité des affaires qu'on lui apporterait. Il n'en est pas de même pour le forfait d'honoraires qui ne vise que les consultations, car, en donnant un avis, l'avocat n'aliène nullement son indépendance. De toute façon, le forfait d'honoraires n'est pas assimilable au pacte de *quota-litis* et, partant, ne peut entraîner une responsabilité pécuniaire de l'avocat envers celui avec qui il a été conclu, puisque aucune nullité ne le frappe.

SECTION V

Responsabilité que peut entraîner la plaidoirie. Perte du procès.

Le client qui a perdu son procès est toujours tenté d'en accuser son avocat, lui reprochant d'être le seul responsable, pour avoir manqué de persuasion, négligé certains détails, ou plaidé trop succinctement, alors que, par un illogisme un peu déconcertant, mais au fond assez naturel, s'il obtient gain de cause, le rôle de son défenseur sera loin, dans son esprit, de présenter la même importance.

Or, comme dans tout procès il y a généralement au moins un des plaideurs qui n'est pas satisfait, le nombre des litiges se trouverait doublé si l'avocat pouvait se voir utilement reprocher par son client la moindre faute dans sa plaidoirie. Nous avons vu, en réalité, que l'indépendance de l'avocat était complète dans la conduite du procès, qu'il choisissait librement les moyens de défense qui lui paraissaient les plus efficaces pour obtenir le résultat recherché,

sans que le client puisse lui imposer une méthode personnelle.

La responsabilité de l'avocat envers son client ne peut être engagée par la plaidoirie qu'à la suite d'une faute lourde ou d'un dol. C'est ce que la Cour de Lyon, dans un arrêt récent (27), a fort bien mis en lumière en déclarant qu'un avocat « qui se verrait poursuivi par un client qui aurait à se plaindre de la perte d'un procès ne pourrait être utilement recherché qu'autant qu'il serait établi qu'il a commis une faute lourde ou un dol ».

En outre, devant les juridictions normales, l'avocat ne fait qu'assister le client mais ne le représente pas. Qu'est-ce à dire, sinon que, même s'il commet une faute lourde, c'est à l'avoué, seul mandataire du plaideur, de réparer l'omission ou de rétracter l'aveu imprudent de l'avocat. L'avoué doit rester auprès de celui-ci pendant la plaidoirie pour rectifier ou compléter au besoin les paroles de l'avocat. S'il ne le fait pas, soit de vive voix, soit par voie de conclusions, la responsabilité qui pourra en être la conséquence pèsera uniquement sur lui, mais non sur l'avocat. La jurisprudence de la Cour de cassation est très nette à ce sujet qui déclare que les paroles de l'avocat ne peuvent avoir le caractère d'un aveu opposable à la partie que si elles ne sont pas contredites par l'avoué. « Attendu, dit, notamment, la Cour suprême, qu'aux termes de l'art. 1356 du Code Civil l'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial, que l'avocat n'étant pas le mandataire, mais le conseil et le défenseur de la partie, il est de principe qu'il n'a pas qualité pour faire un aveu qui oblige cette dernière » (28).

Si le client assiste lui-même à l'audience, ce dont il n'est d'ailleurs nullement tenu, et ne proteste pas contre les

(27) 12 janv. 1932, S. 1933-2-46.

(28) Cass. 28 mai 1894, D. 94-1-533. — Dans le même sens : Cass. 22 mars 1870, D. 71-1-41.

déclarations de l'avocat qui peuvent nuire à ses intérêts, il sera censé y avoir acquiescé tacitement et ne pourra exciper ultérieurement du préjudice qui aura pu en résulter. Mais, en l'absence du client, c'est l'avoué qui supporte toute la responsabilité en sa qualité de *dominus litis*, en sorte que la responsabilité de l'avocat en matière de plaidoirie devant les juridictions normales est pratiquement nulle.

Quant à la plaidoirie devant les juridictions où l'avocat joue le rôle de mandataire *ad litem* de son client, nous verrons dans notre chapitre III quelle responsabilité elle peut entraîner.

SECTION VI

Responsabilité de l'avocat dépositaire de pièces.

Les pièces confiées à l'avocat, soit pour préciser les éléments d'une consultation, soit pour étayer son argumentation au cours de la plaidoirie, ne lui sont remises qu'à titre de dépôt. Il en a donc la garde et doit les restituer lorsqu'elles ne lui sont plus d'aucune utilité. S'il en égare certaines, il devra dédommager le client du préjudice causé par leur perte, préjudice qui pourra être très important, car certains documents sont parfois irremplaçables.

L'action du client ne présenterait aucune difficulté si l'avocat était un dépositaire de droit commun, ou plutôt si la confiance dont il jouit n'avait pour effet de le soustraire aux formalités normales du dépôt. En effet, il ne donne jamais reçu des pièces qu'on lui remet, alors qu'il peut, au contraire, se faire donner décharge de la restitution qu'il fait ; il est cru sur son affirmation lorsqu'il

déclare n'avoir point reçu le document réclamé. sans même être tenu de prêter le serment décisoire ⁽²⁹⁾.

Il en résulte que la charge de la preuve, incombant au client dans son action en restitution de pièces, sera particulièrement lourde. Il ne faudrait point supposer, toutefois, que l'avocat abusera de sa position privilégiée pour s'assurer l'impunité en cas de perte fautive de sa part. En fait, s'il a effectivement égaré une pièce, il se fera un devoir de réparer loyalement le dommage qui lui est imputable.

L'avocat est non seulement dépositaire de son client, mais aussi de l'adversaire. En effet, la loi exige que les documents qui seront produits en justice soient communiqués d'une partie à l'autre, avant les plaidoiries, afin de prévenir toute surprise à l'audience et d'éviter tout retard motivé par une demande de vérification d'une pièce inédite.

Or, tandis que la loi prévoit cette communication de pièces sur récépissé entre avoués ou par dépôt des documents au greffe, les avocats n'ont jamais admis ces formalités de contrôle et se communiquent directement, sans reçu et sans témoins, les pièces du procès. Cet usage, qui est celui qui honore, peut-être, le plus les membres du Barreau, donne l'exacte mesure de la loyauté et de la confiance confraternelles.

Il peut arriver cependant qu'une des pièces communiquées par l'adversaire soit perdue par l'avocat qui en a reçu communication. Quelle est la responsabilité de cet avocat ? Elle se limite, en fait, au dommage directement attaché à la perte même du document, car l'avocat fautif se fera un devoir de le reconstituer, ou, tout au moins, d'affirmer sa réalité devant les juges, afin qu'ils puissent statuer comme si la pièce disparue avait été retrouvée. En sorte que le propriétaire de celle-ci ne pourra se plaindre

(29) MOLLOT. — Op. cit., t. I, p. 109. — CRESSON, op. cit., t. II, p. 85.

que du seul préjudice qui sera la conséquence directe de la suppression du document.

Comme on le voit, les usages professionnels et la haute probité des membres de l'Ordre compensent largement les entorses apportées aux règles du droit commun.

SECTION VII

Responsabilité pour rétention du dossier.

L'avocat a-t-il le droit de conserver un dossier, au motif que le client qui le lui réclame ne lui a pas réglé ses honoraires ?

Si on considère l'honoraire comme une véritable créance civile, ce moyen indirect de coercition est parfaitement légitime et ne saurait entraîner une responsabilité civile quelconque. La connexité entre le dossier détenu et la dette non payée autorise la rétention jusqu'à ce que le paiement ait été entièrement liquidé. C'est, d'ailleurs, la règle qui joue de plein droit pour les avoués.

Nous avons suffisamment dégagé la nature toute spéciale de la rémunération de l'avocat pour décider, au contraire, qu'il ne doit pas se laisser poursuivre en justice par le client qui réclame son dossier. La seule sanction à sa disposition est de rendre le dossier dès que le client refuse de lui verser les honoraires, et de ne plus continuer à lui prêter son ministère.

La jurisprudence a eu assez rarement à apprécier la question et s'est d'ailleurs montrée quelque peu flottante. Alors qu'un jugement du Tribunal de Tunis ⁽³⁰⁾ avait condamné à des dommages et intérêts un avocat qui avait retenu le dossier d'un client, un arrêt postérieur de la Cour

(30) 23 déc. 1889, *La Loi*, du 10-11-février 1890.

d'Aix ⁽³¹⁾ a au contraire déclaré que « l'avocat peut, comme tout créancier qui détient l'objet à raison duquel sa créance existe, retenir, jusqu'à complet paiement de ses honoraires, les pièces qui lui ont été remises par son client ou le dossier qu'il a constitué en vue de la défense des intérêts de celui-ci ». Un autre arrêt plus récent de la Cour d'Alger ⁽³²⁾ a repoussé cette solution et a retenu la responsabilité civile de l'avocat qui avait exercé la rétention du dossier.

Il est à remarquer que, seule, la Cour d'Aix est logique avec la jurisprudence favorable au droit de poursuite des honoraires en justice, car il y a contradiction à reconnaître ce droit et à refuser un moyen légal destiné à en assurer l'exécution ⁽³³⁾.

SECTION VIII

Responsabilité pour violation du secret professionnel.

L'avocat, comme le médecin, reçoit des confidences parfois extrêmement intimes qui touchent au plus profond de la vie privée de ses clients, dont la divulgation pourrait entâcher irrémédiablement leur honneur ou préjudicier gravement à leur fortune et leur causer un préjudice considérable aussi bien au point de vue matériel que moral.

Il est donc naturel que le secret professionnel soit une des règles les plus strictes de la profession d'avocat et que

(31) 14 juin 1905, G.P. 1906-2-99.

(32) 31 déc. 1908, S. 1910-2-14.

(33) Quant à la prescription de la responsabilité pour rétention de pièces, l'art. 2.276 C.C. déclare que les juges et avoués seront déchargés des pièces cinq ans après le jugement du procès. Cette prescription nous paraît applicable aux avocats qui ne sauraient être tenus pendant 30 ans de conserver toutes les pièces en leur possession.

sa violation entraîne non seulement des sanctions d'ordre civil ou disciplinaire, mais encore, étant donné sa gravité, des sanctions pénales ⁽³⁴⁾.

Précisons tout d'abord dans quelles limites joue la règle du secret. On conçoit aisément que l'obligation du secret ne pèse que sur les renseignements reçus à titre professionnel, tandis qu'elle ne saurait s'étendre à ce que l'avocat a pu apprendre extérieurement à sa profession, c'est-à-dire comme simple particulier. Si, par exemple, certains faits sont venus à sa connaissance par le truchement de personnes étrangères aux parties plaidantes, dans une conversation engagée en dehors de l'exercice de son ministère, la divulgation qu'il pourra en faire n'engagera pas sa responsabilité ⁽³⁵⁾. Les termes mêmes de la loi qui parle des « personnes dépositaires par état ou par profession des secrets qu'on leur confie », pourraient conduire à une interprétation restrictive, en ce sens que le texte semble limiter l'obligation du secret à cela seul qui a été confié, mais non à ce qui a pu être vu ou entendu dans l'exercice de la profession. Le caractère confidentiel s'étend, en réalité, à tout ce que l'avocat apprend et même surprend involontairement en sa qualité de professionnel.

Il n'existe, d'ailleurs, aucun critère positif pour déterminer le caractère secret des faits publiés. C'est la conscience de l'avocat qui sera son seul guide et lui indiquera son devoir. C'est ce que décide la Cour de cassation en déclara-

(34) L'art. 378 du Code pénal prévoit que toutes personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punies d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 francs à 500 francs. Bien que ce texte ne désigne pas expressément les avocats, la doctrine et la jurisprudence ont précisé les personnes assujetties au secret, en faisant intervenir le critère de « confident nécessaire ». Les avocats entrent indiscutablement dans cette définition. — Cf. sur ce point : GARRAUD, *Traité théor. et prat. de dr. pénal fr.*, 2^e éd., T. V, n° 2070 et Cass. Crim. 24 mai 1862, D. 62-1-545

(35) Cass. 14 sept. 1827, D. 28-1-371.

rant que l'avocat n'a pour règle « que sa conscience et qu'il doit s'abstenir de toutes les réponses qu'elle lui interdit » (36). Il en résulte que, si l'avocat est seul juge de choisir parmi les confidences que lui a faites son client celles qu'il révélera au cours du procès, il ne saurait divulguer, cependant, celles qui seraient nuisibles aux intérêts qu'il défend sans encourir envers son client une responsabilité pécuniaire.

Il est certain, à plus forte raison, qu'un client qui aurait confié ses intérêts à un avocat et qui, après lui avoir fourni des explications et versé des pièces, verrait cet avocat l'abandonner pour prendre la défense de son adversaire, en se servant des renseignements recueillis, obtiendrait sans difficulté la réparation civile du préjudice subi.

L'intention de nuire n'est pas nécessaire pour entraîner la responsabilité civile de l'avocat. Il suffit, en fait, que le client ait subi un dommage par son indiscretion, mais il faut que ce dommage existe, même s'il n'est que de nature morale, car la divulgation de faits confidentiels qui ne causerait aucun préjudice au client ne pourrait justifier de sa part une action en dommages et intérêts. Il faut, en outre, que la violation du secret soit volontaire de la part de l'avocat, c'est-à-dire qu'elle résulte directement de ses paroles ou de ses écrits.

La Cour de cassation, se fondant sur ce que l'obligation du secret pour l'avocat est édictée par une loi pénale, lui confère un caractère absolu et d'ordre public et elle en conclut « qu'il ne saurait, dès lors, appartenir à personne de l'en affranchir » (37).

L'autorisation du client n'est donc pas suffisante pour le délier de son obligation ; la dispense de parler n'est pas accordée, en effet, à la confidence, mais à la fonction. Toutefois, si le client libère expressément son avocat du

(36) Cass. 24 mai 1862, D. 62-1-545.

(37) Cass. 11 mai 1844, S. 44-1-527.

secret, il serait mal fondé, au point de vue civil, à venir lui réclamer ensuite des dommages au prétexte qu'il n'aurait pas dû parler malgré son autorisation.

En dehors de la divulgation spontanée, l'avocat peut être cité comme témoin en justice, soit en matière civile, soit en matière pénale. L'art. 378 du Code pénal ne faisant aucune distinction, l'avocat n'est pas délié de son obligation par le fait que c'est la justice elle-même qui lui demande d'apporter son témoignage. Si donc il a connu, à raison de son ministère, les faits sur lesquels on lui demande de témoigner, il devra invoquer le secret professionnel et refuser de parler.

C'est ainsi qu'on a jugé qu'un avocat « ne doit pas déposer contre des clients sur ce qu'il a appris dans leurs confidences » ⁽³⁸⁾. Le préjudice qu'il leur occasionnerait l'exposerait à une condamnation à des dommages et intérêts.

Ajoutons, en terminant, que la responsabilité civile de l'avocat ne se limitera pas seulement à la victime directe de la révélation mais encore à ses héritiers, si ceux-ci démontrent l'atteinte que la divulgation leur a portée personnellement ⁽³⁹⁾.

(38) Rouen, 7 mars 1835, S. 1835-2-211.

(39) Comp. Bordeaux, 5 juillet 1893, D. 94-2-177.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITE GENERALE DE L'AVOCAT ENVERS LES TIERS

La responsabilité de l'avocat envers les tiers est, par définition, délictuelle, mais, comme nous l'avons montré, les règles délictuelles doivent s'adapter à chacune des situations particulières qu'elles régissent. En notre matière, le législateur est lui-même intervenu, car il s'est rendu compte que la justice n'atteindrait point son véritable but si tous les éléments nécessaires à éclairer entièrement les débats n'étaient pas apportés librement à la barre des tribunaux.

C'est dans cet esprit qu'il a consacré le principe de la liberté de la défense, qui accorde à l'avocat une importante immunité de ses paroles et de ses écrits, lui permettant d'assurer ainsi une défense complète de ses clients sans être constamment menacé d'un recours, motivé par la divulgation de faits dont certains tiers peuvent s'estimer lésés. Cette irresponsabilité n'est évidemment pas

sans limites. Destinée uniquement à réaliser une justice pleinement éclairée, elle ne doit pas dépasser ce but, afin de ne pas constituer un privilège abusif que ne motiverait plus aucune raison sérieuse.

Nous allons donc, tout d'abord, préciser la portée de l'immunité légale dont bénéficient les avocats du fait de leurs paroles et de leurs écrits, afin de dégager les limites pratiques de leur responsabilité envers les tiers qui prétendent avoir été l'objet, de leur part, d'imputations injurieuses, outrageantes ou diffamatoires.

SECTION I

Le principe : l'immunité.

L'avocat qui est chargé de défendre une cause possède un ensemble de renseignements et de documents qui sont bien rarement limités aux seules parties en présence. Le procès, surtout s'il est de nature pénale, ne revêt sa véritable physionomie que si on examine l'ambiance générale dans laquelle il a pris naissance. S'en tenir uniquement aux faits directs et immédiats qui constituent les éléments positifs de l'affaire, conduirait bien souvent à une opinion inexacte, parce qu'incomplètement informée.

Les magistrats doivent connaître tous les éléments qui, même ayant un lien éloigné avec l'affaire, peuvent leur servir à juger plus équitablement la cause qui leur est soumise. La divulgation de certains faits peut, dès lors, porter atteinte au crédit ou à l'honneur de personnes autres que les parties et indirectement mêlées à l'affaire. Faut-il, pour sauvegarder, dans ce cas, leur réputation, laisser dans l'ombre certains renseignements dont la connaissance peut avoir une influence prépondérante sur la décision des juges ?

Aucune hésitation n'est possible. La recherche de la vérité, seul fondement d'une justice équitable, ne saurait être mise en balance avec l'intérêt privé d'une ou de plusieurs personnes. Le corollaire naturel de ce principe doit être l'immunité de l'avocat qui apporte à la barre des renseignements, peut-être préjudiciables à certains, mais nécessaires à la connaissance complète des faits litigieux. La défense de la cause consiste souvent essentiellement dans la démonstration des agissements déloyaux de l'adversaire ou de l'influence pernicieuse de tiers, et la preuve qui est apportée ne peut aller sans offenser, peut-être même, déshonorer les personnes qui en sont l'objet. Celles-ci ne sauraient, d'ailleurs, si les imputations sont fondées, incriminer l'indiscrétion de l'avocat, mais, plutôt, accuser leur propre conduite.

« Dans les affaires où il s'agit de démasquer la fraude, il est permis, il est indispensable, pour convaincre, de présenter avec une courageuse chaleur, avec une entière liberté, tous les faits et tous les actes qui tendent à justifier l'attaque, si élevée que soit la condition de l'adversaire et si fâcheuse que puissent être pour lui les conséquences » (1).

« La modération du langage est, sans doute, un des premiers devoirs de l'avocat plaidant ; il ne doit jamais oublier qu'il a été interposé entre les plaideurs et la justice pour substituer aux emportements de l'intérêt personnel et au langage des passions le calme de la raison et le langage de la vérité... mais ce devoir de modération ne doit ni détruire, ni énerver les droits sacrés de la défense ; il est des causes qui, par leur nature, non seulement admettent mais commandent une certaine énergie de parole et des articulations qui sont de nature à porter plus ou moins atteinte à l'honneur de l'une des parties, par exemple, dans les causes basées sur les accusations de dol, de fraude, de

(1) MOLLOT, op. cit., t. 1, p. 34.

mauvaise foi. Il faudrait effacer des lois ce genre d'action, si le défenseur ne pouvait dire, à l'appui, tout ce qui est nécessaire à leur succès. Ce serait assurer l'impunité de la fraude que d'interdire la liberté de la démasquer, sous prétexte que ce serait faire injure à celui qui en est accusé. Dans ce cas, le droit de l'avocat n'est autre que le droit naturel de la partie et l'intérêt de la justice » (2).

SECTION II

Les limites de l'immunité.

Le principe ainsi posé, précisons-en les limites, en d'autres termes, recherchons dans quelles conditions l'immunité des paroles ou des écrits de l'avocat joue à son profit. La responsabilité de l'avocat envers les tiers en matière d'injure, outrage, ou diffamation est régie actuellement par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (3) dont l'art. 41 est ainsi conçu :

§ 3 : « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage... les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ».

§ 4 : « Pourront, néanmoins, les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages et intérêts... ».

§ 5 : « Pourront, toutefois, les faits diffamatoires *étrangers à la cause* donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur

(2) Arrêté du Conseil de l'Ordre de Paris du 20 février 1844, cité par MOLLOT, *ibid.*

(3) Signalons que les dispositions de la loi bénéficient non seulement aux avocats, mais à tous les autres défenseurs des parties (avoués, mandataires), ainsi qu'aux parties elles-mêmes.

auront été réservées par les tribunaux et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers ».

Comme on le voit, le § 3 de l'art. 41 de la loi énonce le principe, alors que les § 4 et 5 édictent les limites de l'irresponsabilité. Nous allons étudier en détail ces textes sous leur angle pratique, qui est beaucoup plus complexe, en fait, que la simple lecture de la loi ne semble l'indiquer.

Le § 3 de l'art. 41 accorde l'immunité, notamment à l'avocat, pour « les *discours* prononcés ou les *écrits* produits devant les *tribunaux* ». Une double question se pose tout d'abord : que faut-il entendre par *tribunaux* et par *discours* et *écrits* ?

Le terme *tribunaux* n'étant accompagné d'aucune restriction, l'immunité de l'avocat s'applique, d'une manière générale, devant toutes les juridictions, quelles qu'elles soient. L'irresponsabilité des membres du Barreau est donc la règle devant toutes les juridictions contentieuses de droit commun ou d'exception sans qu'il y ait lieu de discriminer les tribunaux judiciaires des tribunaux militaires ou maritimes et des juridictions administratives. Il n'y a pas de raison non plus d'exclure les organismes exerçant une juridiction disciplinaire ⁽⁴⁾ et c'est ainsi que la doctrine a étendue l'immunité aux paroles et aux écrits apportés devant les conseils de l'Ordre des avocats et les Chambres de discipline des officiers ministériels ou publics, statuant en matière disciplinaire ⁽⁵⁾.

La généralité du terme employé par la loi doit donner lieu à une interprétation extensive, en ce sens que l'irresponsabilité de l'avocat ne doit pas jouer seulement devant les *tribunaux* mais aussi devant un magistrat siégeant

(4) Cr. 14 janv. 1888, D. 88-1-136. — Caen, 17 mars 1888, D. 89-2-92.

(5) Cf. LE POITTEVIN: *Traité de la presse*, 1902, t. 1, n° 420. — FABREGUETTES: *Traité des délits politiques et des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2^e éd., t. 1, p. 14.

comme juge unique investi d'une juridiction spéciale, tel le juge des référés ⁽⁶⁾.

Le § 4 de l'art. 41 semble, cependant, apporter une restriction au paragraphe précédent, puisqu'il ne semble accorder la possibilité de statuer sur une action en dommages et intérêts pour diffamation ou injure, qu'aux seuls tribunaux « saisis de la cause et *statuant sur le fond* ». On peut, alors, se demander si l'immunité joue devant les juridictions qui, tout en présentant le caractère contentieux, n'ont cependant pas qualité pour rendre une décision sur le fond même de l'affaire dont ils sont saisis.

Si on estime qu'il existe un lien de connexité étroit entre les § 3 et 4 de l'art. 41, on doit conclure, par un argument *a contrario*, que l'immunité s'applique seulement devant les tribunaux statuant au fond, puisqu'ils sont les seuls à pouvoir sanctionner la responsabilité. Autrement dit, l'immunité n'existerait que devant les tribunaux auxquels la loi a accordé un pouvoir sanctionnateur en cette matière.

La conséquence de cette opinion serait de supprimer l'immunité devant de nombreuses juridictions dont l'importance est cependant fort grande, par exemple, devant le juge d'instruction, la chambre des mises en accusation ou le juge de paix siégeant en qualité de magistrat conciliateur. Au surplus, ces organismes, ne pouvant statuer sur le fond, seraient incompétents pour apprécier le caractère diffamatoire des imputations incriminées et déclarer qu'elles sont ou non étrangères au procès, condition indispensable pour l'exercice de l'action en réparation du préjudice.

C'est, cependant, cette opinion qui avait été adoptée par les premières décisions statuant sur la matière ⁽⁷⁾. Mais cette solution n'allait pas sans critiques. Elle se heurtait,

(6) Paris, 30 juin 1884, Lois nouvelles 1884-3-134.

(7) Cr. 22 août 1828, DALLOZ, Rép. V° Presse - outrage, n° 857-6°. — Aix, 30 avril 1845, D. 46-4-413.

en premier lieu, au principe général de la liberté de la défense qui ne saurait subir de restrictions par le fait d'une simple interprétation de texte. « Il faut, pour qu'une restriction y soit apportée (à l'immunité), qu'un texte formel vienne le déclarer expressément. Or, la loi ne dit pas que devant certains tribunaux les discours prononcés et les écrits produits donneront lieu à une action en diffamation. On crée donc, arbitrairement, une entrave au droit de défense en décidant que l'art. 41, § 3, ne s'applique pas devant certaines juridictions, telles que la Chambre des mises en accusation » (8).

En réalité, la loi apporte, dans le § 4, une précision en ce qui concerne les juges qui peuvent sanctionner les discours ou les écrits diffamatoires, mais elle n'entend nullement limiter la portée de l'immunité. Le § 4 forme un tout cohérent qu'il n'est point besoin de relier au § 3. Comme l'a fait remarquer la Cour de Grenoble (9) : « Ce n'est pas l'interdiction générale de l'action en diffamation ou injure pour tous les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux, mais la faculté exceptionnelle de la suppression ou de la condamnation à des dommages et intérêts, qui est subordonnée au cas où le tribunal saisi de la cause peut statuer et statue effectivement sur le fond du procès. Si la décision sur le fond ne peut intervenir, soit parce qu'un abandon, un désistement, une transaction vient la rendre inutile, soit parce qu'elle ne rentre pas dans les attributions à raison desquelles le Tribunal se trouve saisi de la cause, l'immunité subsiste sans restriction, avec toute la force de la disposition générale qui l'établit et des considérations qui l'ont fait consacrer ».

(8) LE POITTEVIN, *op. cit.*, t. 1, n° 412. (

(9) 21 déc. 1872, D. 74-2-48; — Comp. Crim., 24 juillet 1920, D. 1921-1-151.

C'est à cette solution rationnelle que s'est ralliée la jurisprudence actuelle ⁽¹⁰⁾.

Aussi large que puisse être le principe, il ne faut point l'étendre à l'infini ; c'est ainsi que l'immunité ne s'applique pas aux mémoires en vue d'une procédure gracieuse ⁽¹¹⁾ ou aux imputations formulées devant les arbitres ⁽¹²⁾, dont les pouvoirs résultent exclusivement de la volonté des parties et dont les sentences ne sont point, par elles-mêmes, exécutoires ; il en est de même pour les experts ⁽¹³⁾ et les commissions d'évaluation des dommages de guerre ⁽¹⁴⁾. A plus forte raison, les écrits, bien que produits en justice, mais publiés, en outre, par la voie de la presse dans l'intérêt d'une publicité étrangère aux débats, ne bénéficient pas de l'immunité ⁽¹⁵⁾. Dans tous ces cas, l'avocat répondra de ses imputations injurieuses ou diffamatoires envers les tiers, dans les termes du droit commun.

L'immunité est accordée, en second lieu, aux *discours* et *écrits* des avocats à la barre des tribunaux. Il s'agit encore de préciser ce qu'il faut entendre exactement par ces termes. Etant donné leur généralité, il convient d'admettre une interprétation aussi large que celle que nous avons accordée au terme *tribunaux*.

Les *discours* doivent être entendus aussi bien des plaidoiries que des simples observations faites par l'avocat, et

(10) Cf. en faveur de l'immunité : Devant le juge de paix siégeant en qualité de magistrat conciliateur : Cr. 4 mars 1869, D. 69-1-531, — Civ. 17 août 1881, D. 81-1-297. — Grenoble, 21 déc. 1872 précité ; — Alger, 23 nov. 1901, D. 1903-5-583 ; — Besançon, 17 avril 1929, D. H. 1929-355. — Devant le juge d'instruction : Crim., 13 mai 1933, S. 1934-1-399.

(11) Crim. 21 mars 1861, D. 61-5-377.

(12) Crim. 6 juin 1902, D. 1907-1-534.

(13) Req. 6 fév. 1924, D. H. 1924-162. — *Contra* : Trib. Paix Paris, 30 oct. 1925, *Gaz. Pal.* 1926-1-91 ; Trib. Rodez, 1^{er} mars 1928, D. P. 1928-2-179.

(14) Paris, 19 mars 1923, *Gaz. Trib.*, 19 juin 1923. — Crim. 29 juin, 1923, D. P. 1925-1-70.

(15) Crim. 29 oct. 1920, D. 1921-1-156.

même des simples propos ⁽¹⁶⁾. Il faut, toutefois, que ces observations ou ces propos aient été prononcés devant les tribunaux, c'est-à-dire que les juges saisis de la cause, aient été présents lorsqu'ils ont été émis. Il en résulte que l'immunité ne couvre pas les paroles prononcées par l'avocat en dehors de l'audience ⁽¹⁷⁾ ou encore après le départ des magistrats qui sont allés délibérer ⁽¹⁸⁾, enfin si les débats sont terminés ⁽¹⁹⁾.

Quant aux paroles prononcées devant les juridictions où les causes se jugent exclusivement sur mémoires, elles n'en sont pas moins couvertes par l'immunité. En effet, la loi ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que si des observations orales ont été présentées devant ces juridictions, c'est que les juges les ont tacitement autorisées et que, par conséquent, elles bénéficient du privilège de l'art. 41 ⁽²⁰⁾. Cette solution nous paraît la seule rationnelle, bien qu'elle ait été critiquée ⁽²¹⁾ au motif que la loi ne protégerait les parties que dans la mesure où elle prévoit des moyens de défense.

Le terme *écrits* doit s'entendre, de même, de tout acte, mémoire ou observation écrite émanant de l'avocat et produits devant les tribunaux, sans qu'il y ait lieu de considérer s'ils sont manuscrits, dactylographiés ou imprimés. L'écrit doit, comme le discours, être produit devant le tribunal. Il n'est pas nécessaire, cependant, qu'il s'agisse d'une pièce du procès ou qu'il ait été signifié régulièrement. Il suffit qu'il ait été porté à la connaissance des

(16) Req. 2 mai 1892, D. 93-1-288; Alger, 23 nov. 1901, D. 1903-5-583. — Trib. Moulins, 31 mars 1905, D. 1905-5-29.

(17) Crim. 7 juillet 1827, Dalloz, Rép. V° Presse outrage, n° 1156-3°.

(18) Crim. 19 nov. 1829, *ibid.*, n° 1829.

(19) Trib. Seine, 15 avril 1896. Gaz. Pal. 1896-1-783.

(20) En ce sens: Le POITTEVIN, *op. cit.*, t. 1, n° 405.

(21) Cf. FABREGUETTES, *op. cit.*, t. 1, p. 15.

magistrats ⁽²²⁾. Peu importe encore qu'il soit signé ou non, pourvu qu'il ait été fait dans l'intérêt du procès ⁽²³⁾.

Il faut, en outre, naturellement, que l'écrit utilisé ait été produit pendant le procès. Ne bénéficient donc pas de l'immunité les écrits publiés avant même que l'instance soit engagée ⁽²⁴⁾ ou au contraire après le jugement définitif, ou, au moins, après un jugement qui, bien que non définitif, n'a pas été encore l'objet d'une voie de recours ⁽²⁵⁾. On doit même admettre comme produits devant les tribunaux les écrits distribués à des magistrats autres que ceux saisis de la cause ou à des membres du Barreau, mais dans l'intérêt du procès pendant ⁽²⁶⁾.

La question s'est posée de savoir si devant la Cour d'assises — la loi n'admettant pas la défense écrite — les mémoires produits en faveur de la défense d'un accusé étaient couverts par l'immunité. Un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation ⁽²⁷⁾ n'a pas admis l'immunité, mais cette décision a soulevé les critiques de la doctrine qui est favorable à l'opinion contraire ⁽²⁸⁾.

SECTION III

La responsabilité.

Le principe général de l'immunité tel qu'il a été émis par le législateur ne saurait autoriser l'avocat à se permettre toute licence dans ses paroles et ses écrits. On conçoit facilement la nécessité d'une relation de connexité entre

(22) Agen, 23 déc. 1851, D. 52-2-117.

(23) Crim. 12 sept. 1829, Dalloz, Rép. V° Presse Outrage, n° 1202-1°.

(24) Crim. 26 avril 1856, D. 56-1-268.

(25) Crim. 14 mars 1874, D. 74-1-406.

(26) Crim. 2 mai 1901, D. 1902-1-471.

(27) 11 août 1820, Dalloz, Rép., V° Presse-Outrage, n° 1215.

(28) Cf. LE POITTEVIN, op. cit., n° 408.

les imputations apportées à la barre et les faits de la cause ⁽²⁹⁾. Il faut, en outre, que ces imputations soient faites dans l'intérêt même de la défense ⁽³⁰⁾. C'est donc la nécessité et l'utilité à la défense qui sont les deux critères de l'irresponsabilité de l'avocat.

En d'autres termes, si l'on démontre que les imputations injurieuses ou diffamatoires à l'égard des tiers n'avaient aucun rapport avec le procès et n'étaient d'aucune utilité pour la défense de la cause, l'immunité cessera de jouer, et la responsabilité de l'avocat sera alors engagée.

Il est nécessaire de faire ici une distinction motivée par le texte même des § 4 et 5 de l'art. 41. Le § 4 prévoit, en effet, les sanctions qui pourront être prises à l'intérieur des limites où joue l'immunité, alors que le § 5 prévoit un retour au droit commun pour les imputations qui ne bénéficient pas de cette immunité.

§ 1. — RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT DU FAIT D'IMPUTATIONS
DIFFAMATOIRES RELATIVES A LA CAUSE OU D'INJURES
OU OUTRAGES ÉTRANGERS OU NON AU PROCÈS

Nous sommes ici dans le domaine proprement dit de l'immunité. Le législateur, tout en posant le principe, n'a pas voulu, cependant, consacrer une impunité absolue et il a réservé aux juges saisis de la cause le pouvoir d'apprécier librement le caractère des imputations apportées à la barre et de faire jouer, en conséquence, certaines sanctions expressément prévues par lui.

Ces sanctions sont de trois sortes : suppression des discours et écrits injurieux ou diffamatoires, condamnation de leur auteur à des dommages et intérêts, et, enfin, sanctions disciplinaires, sans caractère pénal, cependant.

(29) Trib. Corr. Seine, 7 juin 1912. *Gaz. Pal.*, 1912-2-187

(30) Trib. Paix Montauban, 26 nov. 1900; S. 1901-2-323. Nancy, 29 juillet 1911, D. 1912-2-17.

Nous n'allons examiner bien entendu que la seconde catégorie de ces sanctions puisqu'aussi bien les deux autres n'entrent point dans le cadre de notre étude.

Le pouvoir d'appréciation des juges est souverain pour dire si les paroles ou les écrits de l'avocat, bien qu'étant apportés dans l'intérêt de la cause, outrepassent, cependant, la mesure que l'on doit accorder à l'immunité ⁽³¹⁾. Mais, seuls les juges saisis de la cause ont ce pouvoir.

Une discussion s'est élevée, à ce propos, quant à l'interprétation des termes « devant les tribunaux », en ce qui concerne le pouvoir d'application des sanctions légales. Fallait-il admettre une interprétation aussi large que celle que nous avons dégagée plus haut, ou bien, tenant compte des termes du § 4 : « Pourront néanmoins les juges saisis de la cause et statuant sur le fond... condamner qui il appartiendra à des dommages et intérêts », limiter le droit sanctionnateur aux juridictions ayant la compétence nécessaire pour statuer au fond ?

Cette dernière opinion avait, tout d'abord, rallié l'opinion de la jurisprudence ⁽³²⁾ et d'une partie de la doctrine ⁽³³⁾. Mais elle a été abandonnée, car, ce que la loi a voulu préciser, ce n'est pas la compétence des tribunaux qui prononcent les sanctions, mais la manière même dont elles doivent être prononcées. Les juges ne doivent pas séparer l'incident du fond du procès, et c'est par le même jugement qu'ils doivent apprécier le fond et prononcer les sanctions prévues par la loi. C'est dans ce sens que la jurisprudence a pu décider que ces sanctions peuvent être régulièrement prises par un tribunal qui n'est saisi que d'une question de compétence ⁽³⁴⁾, qui statue sur une demande incidente à

(31) Paris, 23 nov. 1909 (2^e arrêt), D. 1910-2-341. — Civ. 27 juillet 1921, D. 1923-1-196.

(32) Cons. d'Etat, 19 janv. 1860, D. 63-3-62.

(33) ROUSSET. — *Code général des lois sur la presse*, 1869, n° 2409, — BARBIER : *Code expliqué de la presse*, 2^e éd., t. 2, n° 789.

(34) Cr. 22 août 1851, D. 51-5-419.

l'action principale, encore pendante ⁽³⁵⁾, ou qui, par suite d'un arrêté de conflit, confirmé par le Conseil d'Etat, est dessaisi de la contestation ⁽³⁶⁾.

La Cour de cassation, elle-même, bien que non saisie du fond, se reconnaît le droit d'appliquer les sanctions de l'art. 41 ⁽³⁷⁾. Le pouvoir sanctionnateur est donc général quant aux tribunaux qui peuvent s'en servir.

Quelques restrictions doivent être faites cependant. C'est ainsi que le Conseil de l'Ordre des avocats ou une Chambre de discipline statuant en matière disciplinaire, ne peut condamner un avocat à des dommages-intérêts pour des imputations dommageables envers les tiers, formulées devant l'un de ces organismes. En outre, l'art. 50 de la loi du 22 juillet 1889 précise que, si des dommages et intérêts sont réclamés à raison des discours et des écrits produits devant un conseil de préfecture, celui-ci doit réserver l'action en dommages pour être statué ultérieurement, conformément au § 5 de l'art. 41.

Conditions d'exercice et de recevabilité de l'action

La responsabilité civile de l'avocat peut être engagée aussi bien envers les parties en cause qu'envers les tiers absents des débats contre qui seraient dirigées les imputations injurieuses ou diffamatoires. La condamnation à des dommages et intérêts ne peut, toutefois, être prononcée d'office par le Tribunal ou sur l'intervention du ministère public. Il faut qu'elle soit demandée par la personne lésée elle-même ⁽³⁸⁾. Cette demande doit s'effectuer par voie de conclusions incidentes, s'il s'agit d'une partie présente au

(35) Lyon, 21 juillet 1871, Dalloz, Rep. Suppl. v° Presse Outrage, n° 1405.

(36) Paris, 20 déc. 1856, Pal. 57.652.

(37) Crim. 26 août 1837, Dalloz, Rep., n° 1269.

(38) Cf. LE POITTEVIN, op. cit., t. 1, n° 436; — BARBIER, op. cit., t. 2, n° 794.

débat, par voie d'intervention devant la juridiction saisie de l'affaire principale, s'il s'agit de tiers ⁽³⁹⁾. Cette intervention pourra, d'ailleurs, se produire seulement devant les juges d'appel, encore que les discours ou écrits incriminés aient été produits en première instance ⁽⁴⁰⁾.

La condamnation à des dommages et intérêts peut être attaquée par les mêmes voies de recours que la cause principale ⁽⁴¹⁾. Précisons, enfin, que la condamnation pécuniaire ne peut avoir lieu qu'incidemment au litige au cours duquel les imputations ont été formulées. Elle ne peut faire l'objet d'une action séparée, même si elle a été réservée ⁽⁴²⁾. C'est ce qui la différencie de la responsabilité civile du fait d'imputations diffamatoires *étrangères* à la cause que nous allons étudier maintenant.

§ 2. — RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT DU FAIT D'IMPUTATIONS DIFFAMATOIRES ÉTRANGÈRES A LA CAUSE

Afin d'éviter toute confusion, il nous paraît nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles joue le § 5 de l'art. 41.

Le § 3 établit l'immunité pour les faits diffamatoires, injurieux ou outrageants, à laquelle le § 5 apporte une exception uniquement pour les faits diffamatoires étrangers à la cause, à l'exclusion des faits injurieux ou outrageants étrangers à cette même cause.

Alors que le § 4 s'applique aux faits diffamatoires connexes au procès et utiles à la défense, ainsi qu'aux

(39) Req. 10 fév. 1869, D. 70-1-135, — Toulouse, 12 août 1875, sous Req., 4 juillet 1877, D. 77-1-59.

(40) Cette intervention est, en effet, d'une nature toute particulière, relevant uniquement de l'art. 41, § 4 de la loi de 1881, et à laquelle l'art. 466 du C. proc. civ. est inapplicable. En ce sens: Req. 26 janv. 1886, Gaz. Pal., 86-1-397.

(41) Cf. LE POITTEVIN, op. cit., t. 1, n° 439.

(42) Rouen, 30 janv. 1879, sous Cass. Civ., 17 août 1881, D. 82-1-298.

imputations injurieuses ou outrageantes, sans qu'il y ait lieu de distinguer si ces dernières sont ou non étrangères à la cause, le § 5 consacre le retour au droit commun pour les imputations diffamatoires étrangères au procès, sous réserve de certaines conditions que nous allons examiner.

Il faut considérer comme n'entrant point dans le cadre du § 5 de l'art. 41 « tous les discours et tous les écrits qui signalent des faits ou qui renferment des arguments tendant à justifier les conclusions ou les moyens de défense des parties en cause » ⁽⁴³⁾. C'est ainsi que les paroles ayant pour objet d'affaiblir la portée morale d'un témoignage ⁽⁴⁴⁾ ou l'accusation d'avoir délivré un certificat de complaisance ⁽⁴⁵⁾ ne doivent pas être considérées comme étrangères à la cause.

Par contre, le § 5 de l'art. 41 s'applique, d'après la jurisprudence, aux imputations d'abus de confiance, d'escroquerie ou de faux dirigées par l'une des parties contre l'autre dans le débat engagé sur une action possessoire ⁽⁴⁶⁾.

Conditions d'exercice et de recevabilité de l'action

Quant à l'exercice de l'action civile — l'action publique prévue aussi par le § 5 étant extérieure à notre sujet — il convient de distinguer, aux termes du § 5 de l'art. 41, selon que celui qui l'intente est partie au procès ou tiers.

Si c'est une *partie au procès* qui se déclare lésée par des imputations diffamatoires étrangères à l'affaire, le retour au droit commun des articles 30, 32, 33, 34 et 35 de la loi du 29 juillet 1881 ne peut avoir lieu que si la partie diffamée au cours du procès, fait réserver ses droits par les magistrats saisis de la cause.

(43) Dalloz, Rep. prat., V° Presse-Outrage, n° 1268.

(44) Crim. 18 juillet 1825, Bull. crim., n° 125.

(45) Dijon, 29 déc. 1909, D. 1910-2-134.

(46) Crim. 21 mai 1836, Dalloz, Rep., n° 1216 et 1223.

Il faut entendre par *parties*, non seulement les personnes qui figurent au procès en leur nom personnel ou en qualité de représentant, mais encore toutes celles qui, figurant au procès à un titre légal, doivent être réputées présentes au moment où la diffamation s'est produite et peuvent intervenir immédiatement pour faire réserver leur action ⁽⁴⁷⁾.

Quant aux *témoins*, la question a été controversée ⁽⁴⁸⁾ mais on est d'accord, actuellement, pour leur refuser la qualité de partie. Ils ne sont donc point obligés de se faire réserver leur action. Cette solution est motivée par le fait que le témoin peut souvent sortir de l'audience avant la fin des débats et se trouver dans l'impossibilité d'accomplir cette formalité. D'ailleurs, même s'il est présent lors de la diffamation, n'étant point assisté d'un conseil, on ne peut lui reprocher son silence.

L'action en réparation du préjudice peut être réservée par les tribunaux saisis de la cause, tant que celle-ci n'aura point donné lieu de leur part à une solution définitive. Les réserves pourront se faire par voie de conclusions incidentes, pour les parties. Le tribunal saisi de ces réserves devra nécessairement statuer, soit en reconnaissant le caractère diffamatoire et étranger des imputations incriminées, soit en leur refusant ce caractère. La déclaration de l'extranéité des faits diffamatoires est une condition indispensable pour que puisse jouer le § 5 de l'art. 41, sinon on retombe dans le § 4, c'est-à-dire dans le champ de l'immunité.

L'action, une fois réservée, peut être portée ultérieurement, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux répressifs. Dans tous les cas, ceux-ci ne pourront statuer que sur le caractère diffamatoire des imputations,

(47) Crim. 31 janv. 1873, D. 73-1-89, — Dijon, 26 janv. 1935, *Gaz. Pal.* du 30 mars 1935.

(48) En faveur de l'assimilation des témoins aux parties: Metz, 27 nov. 1867, D. 68-2-38; à des tiers: C. d'ass. Seine, 22 nov. 1884, *Gaz. Trib.* 23 nov. 1884; — Bordeaux, 17 fév. 1898, *Le Droit*, 11 août 1898.

mais ne pourront revenir sur la question de l'extranéité, celle-ci ayant acquis l'autorité de la chose jugée par la décision même du tribunal qui a réservé l'action en dommages.

Les *tiers* sont toutes les personnes qui ne peuvent entrer dans la définition que nous avons donnée un peu plus haut des *parties*. Sont ainsi des tiers : les témoins, le plaignant qui ne s'est pas porté partie civile, les experts, etc...

Les tiers n'ont pas besoin de se faire réserver leur action. Celle-ci joue entièrement selon les règles du droit commun et peut, notamment, être engagée sans attendre que le tribunal devant lequel ont été formulées les imputations diffamatoires, ait statué sur l'incident.

§ 3. — DÉLIMITATION DE LA RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT ET DE LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DU CLIENT

Il nous reste pour terminer à faire le départ, à propos de la responsabilité encourue du fait des imputations diffamatoires, entre les responsabilités respectives de l'avocat et du client.

Autrement dit, lorsqu'interviendra une condamnation à des dommages et intérêts motivée par les imputations d'un avocat à la barre, celui-ci supportera-t-il toujours seul la responsabilité, ou bien, pourra-t-il, dans certains cas, se retourner, par une action récursoire, contre son client, afin de déplacer la charge de la réparation sur ce dernier ?

En règle générale, la bonne foi de l'avocat résoud la question. S'il a agi sans en avoir reçu l'ordre exprès du client, en vertu de son droit d'organiser la défense à sa guise, la responsabilité du client ne saurait évidemment être engagée. Seul, l'avocat supportera la conséquence de son imprudence, sauf si sa bonne foi est entière ou si les impu-

tations incriminées sont le résultat d'une erreur involontaire ⁽⁴⁹⁾.

Si, au contraire, le client a fourni lui-même à son défenseur des renseignements dont l'avocat ne pouvait connaître la nature calomnieuse, ce sera le client qui supportera la réparation civile du préjudice causé. Ce ne serait que dans le cas où le défenseur, ayant appris la nature diffamatoire des renseignements, en aurait cependant fait état dans sa plaidoirie, que sa responsabilité serait engagée, car le principe de la liberté de la défense l'autorisait à ne point se servir des renseignements en question, malgré l'ordre formel de son client ⁽⁵⁰⁾.

Tout au plus, pourrait-on, alors, condamner solidairement l'avocat et son client, notamment dans le cas où le client étant présent à l'audience où l'avocat a fait les déclarations diffamatoires, il n'a pas protesté contre ces affirmations mensongères.

(49) Paris, 9 avril 1870, D. 70-2-121.

(50) Rouen, 7 mars 1835, S. 35-2-211.

CHAPITRE III

LA RESPONSABILITE SPECIALE DE L'AVOCAT MANDATAIRE " AD LITEM "

Comme nous l'avons déjà signalé, ce n'est pas parce que l'avocat remplit devant les juridictions d'exception une fonction nouvelle, celle de représentant légal, de mandataire *ad litem* du plaideur, qu'il va échapper par cela même aux règles générales de sa profession. Ces dernières, au contraire, se sont complétées et renforcées depuis l'évolution législative que nous avons examinée dans notre première partie, afin d'éviter aux membres du Barreau un glissement dangereux vers la profession d'agent d'affaires.

Les règlements intérieurs, tout en respectant la volonté du législateur, sont venus interdire aux avocats un certain nombre d'actes qui ne dérivent pas directement du droit de représentation de l'avocat tel qu'il a été conçu par le législateur, mais, plutôt, d'une extension abusive de ce droit. Ces précautions, encore qu'elles n'aient eu d'autre but que le souci de la dignité et de l'indépendance profes-

sionnelles, et qu'elles ne jouent, par conséquent, que sur le plan disciplinaire, ont eu pour résultat pratique de restreindre notablement les cas de responsabilité éventuelle de l'avocat mandataire, en fixant à son activité nouvelle un cadre qui lui évite tout incident susceptible d'engager sa responsabilité.

Il n'est pas douteux que, si l'avocat est amené, devant les juridictions d'exception, à diriger, seul, la procédure et à jouer en somme un rôle analogue à celui de l'avoué, il ne le fait, pour ainsi dire, qu'à titre incident, parce que, seul représentant du justiciable, il ne saurait s'en dispenser. Mais sa fonction essentielle n'en est en rien amenuisée, et le rôle de défenseur domine, en quelque sorte, toujours celui de mandataire.

La conséquence en est que les actes professionnels que l'avocat accomplit en qualité de défenseur relèvent uniquement d'une responsabilité identique à celle que nous avons examinée dans notre chapitre premier. Seules, les fautes spécialement afférentes à l'exercice du mandat *ad litem* s'apprécieront conformément aux art. 1991 et suivants du Code civil, et la responsabilité qui pourra s'en suivre ressemblera, dans ce cas, à celle des avoués.

La responsabilité d'un mandataire est étroitement liée au cadre même du mandat dont il a la charge ; or, le législateur, en dispensant l'avocat de procuration écrite devant les tribunaux spéciaux, n'a pas précisé les limites de son mandat, en d'autres termes, il n'a pas fixé les actes que l'avocat peut valablement accomplir au nom de son client, sans un pouvoir spécial de sa part.

Le problème est cependant très important en notre matière, à un double point de vue. En premier lieu, les actes professionnels qui entreront dans le cadre du mandat engageront, en effet, valablement le plaideur, alors que les actes qui en outrepasseront les limites seront nuls, aussi bien à l'égard des tiers que du client, sous réserve de la respon-

sabilité de l'avocat envers eux pour le préjudice qui résultera de cette nullité. En second lieu, et inversement, si l'avocat commet une faute de négligence, s'il exécute mal sa mission, en un mot, s'il ne fait pas, en temps utile, certains actes qui faisaient normalement partie de son mandat, et compromet ainsi les intérêts de son client, sa responsabilité sera engagée, mais seulement envers son client, puisqu'aussi bien les tiers, dans cette hypothèse, ne peuvent subir aucun préjudice personnel.

Il est donc indispensable, au point de vue pratique qui nous intéresse actuellement, d'établir le départ entre les actes qui font partie du mandat privilégié et ceux qui en sont exclus, cette discrimination étant essentielle pour la solution concrète des cas pratiques de la responsabilité spéciale que nous étudions.

Il ne faut pas perdre de vue, pour résoudre la question des limites du mandat de l'avocat, l'intention qui a animé le législateur lorsqu'il a dispensé l'avocat de procuration. Cette intention ressort clairement du bref historique que nous avons fait sur l'évolution législative. Le seul but des lois successives qui ont été votées a été de permettre à l'avocat le libre accès à la barre de la plupart des tribunaux d'exception, tout en sauvegardant l'esprit traditionnel des règles de l'Ordre.

Si donc l'avocat s'est vu attribuer la qualité de représentant privilégié du plaideur, la volonté tacite du législateur n'a pas été d'étendre abusivement l'activité professionnelle des membres du Barreau. Nous voulons dire par là que la défense de la cause reste le pôle essentiel de la fonction de l'avocat, même devant les juridictions spéciales. S'il est autorisé à cumuler devant ces dernières le rôle de mandataire, c'est, en somme, un peu par la force des choses, parce qu'il n'y a personne d'autre que lui pour ce faire, et que la nature même de la procédure devant ces tribunaux s'oppose à toute dualité de rôle.

Les actes de mandataire qui entrent dans le pouvoir de l'avocat trouvent donc leurs limites dans le cadre même de la défense des intérêts du client, autrement dit, l'avocat ne peut et ne doit exercer son droit de représentation qu'en vue de conduire normalement l'affaire vers sa solution judiciaire.

C'est en vue de l'instance engagée, mais pour cette instance seulement, que l'avocat représente valablement son client et l'engage vis-à-vis des tiers. C'est dans ce sens que la Cour de cassation ⁽¹⁾ a pu dire très justement à propos de l'interprétation de la loi de 1911, sur les tribunaux de commerce : « L'art. 96 de la loi du 13 juillet 1911, à raison de sa généralité, dispense l'avocat de procuration écrite pour représenter son client dans les diverses opérations prescrites au cours de l'instance et pour prendre toutes conclusions paraissant utiles à la défense de ses intérêts, sauf les exceptions pouvant être apportées par un texte spécial de loi ». Bien que la Cour suprême ait statué, dans cet arrêt, au sujet du droit de l'avocat devant les tribunaux de commerce, la formule employée doit être généralisée et étendue aux autres juridictions spéciales.

Le mandat légal de l'avocat est donc un mandat *ad litem* dont ne relèvent que les actes qui intéressent directement l'instance, mais qui n'habilite pas l'avocat aux actes étrangers à cette instance. C'est ce que le Conseil de l'Ordre de Paris avait déjà mis en lumière peu après la promulgation des lois de 1905 sur les justices de paix et de 1911 dont il vient d'être question, avant même que la Cour de cassation n'ait statué en la matière. Deux arrêtés en date du 20 février 1906 et du 18 juillet 1911 ⁽²⁾ avaient, en effet, disposé, au sujet de l'interprétation de ces textes, qu'il était « simplement » permis à l'avocat de représenter son client

(1) Civ. 1^{er} juillet 1914, S. 1917-1-157, note TISSIER; 20 juin 1921, D. 1921-2-212, note LALOU.

(2) Rapportés au D. 1909-5-2 et 1911-4-162. (Note 6, 2^e col., *in fine*.)

« à l'audience », mais que « l'audience une fois terminée, la nécessité à laquelle le législateur a voulu pourvoir a cessé d'exister ».

Il convient donc de se demander quels sont les actes qui entrent effectivement dans l'instance, qui sont indispensables à la bonne marche du procès, entendue aussi bien, dans le sens actif des actes nécessaires à l'aboutissement heureux de la solution, que dans le sens passif des moyens de défense à opposer à l'adversaire. La jurisprudence, très nombreuse en la matière, s'est montrée, généralement, d'accord avec les Barreaux, bien que n'envisageant pas la question sous le même angle.

SECTION I

Etendue pratique du mandat « *ad litem* » de l'avocat

Il est indispensable, pour résoudre d'une façon concrète et pratique la question de la responsabilité de l'avocat mandataire, de déterminer, tout d'abord comme nous venons de le dire, les limites du mandat privilégié de l'avocat. La responsabilité pouvant naître, soit d'une faute d'omission ou de négligence dans l'accomplissement du mandat, soit d'un dépassement des pouvoirs normaux qui résultent de ce mandat, il faut donc préalablement connaître quels sont les principaux actes que l'avocat peut faire sans procuration, afin de pouvoir décider sans ambiguïté que, n'ayant pas accompli un acte donné ou l'ayant mal accompli, il encourt la responsabilité prévue par les art. 1991 et suivants du Code civil, parce que cet acte entrait normalement dans son mandat.

§ 1. — ACTES ENTRANT DANS LE MANDAT *ad litem*

Il apparaît immédiatement que l'avocat est habilité à faire, sans procuration, tous les actes qu'il accomplit, en

fait, devant les juridictions normales au simple titre d'assistance. C'est ainsi, qu'au premier chef, la plaidoirie entre dans ses attributions sans conteste possible.

Conclusions et mémoires

L'avocat peut signer, au nom de son client, toutes conclusions et mémoires déposés sur le bureau des diverses juridictions spéciales, à condition, toutefois, que ces conclusions ou ces mémoires soient nécessaires ou, tout au moins, utiles au succès de l'instance engagée.

Les premières conclusions ou les premiers mémoires n'étant en somme qu'une ampliation de l'assignation ou de la requête introductive d'instance, il est normal que l'avocat puisse signer, au nom de son client, les projets de ces actes, indispensables pour saisir la justice des prétentions des parties. L'importance des conclusions ou mémoires au cours du processus de l'affaire conduit à accorder à l'avocat une liberté assez grande sur ce point. C'est, en effet, par les conclusions que les plaideurs exposent toutes leurs prétentions et tous leurs moyens de défense. L'orientation souvent imprévue des débats doit permettre au défenseur de prendre sur-le-champ toutes conclusions utiles, dictées par les circonstances. L'obliger à apporter chaque fois la signature de son client serait méconnaître la volonté du législateur.

Demandes reconventionnelles

De même, l'avocat peut signer seul les demandes reconventionnelles que le défendeur au procès peut prendre directement à la barre par simple voie de conclusions, si ces demandes sont étroitement liées à la demande principale. S'il s'agit d'une demande simplement connexe, elle déborde l'instance primitive, et la signature du client est nécessaire.

Compensation judiciaire

La compensation judiciaire étant une fin de non recevoir à la demande principale, c'est-à-dire, sans aucun doute, un moyen de défense, peut être opposée normalement par l'avocat, sans procuration spéciale.

Demandes incidentes ou additionnelles

La solution est la même en ce qui concerne les demandes incidentes, en s'inspirant toujours de l'idée que le pouvoir privilégié de l'avocat ne doit pas dépasser son but, qui est la bonne marche de l'instance. Il faut donc, ici, discriminer les modifications, soit extensives, soit restrictives de la demande originelle, qui sont imposées pour sauvegarder les intérêts du plaideur, de celles qui ne sont pas commandées par les nécessités du procès. En ce sens, nous estimons que le mandat de l'avocat s'étend aux demandes additionnelles qui viennent réparer une omission de la demande primitive ou une insuffisance qui n'est apparue qu'en cours d'instance ⁽³⁾, mais seulement dans ces limites.

Dénégation d'écriture ou de signature

La question peut paraître plus délicate en ce qui concerne la dénégation d'une écriture ou d'une signature attribuée au client. La dénégation de signature n'étant pas prévue par l'art. 352 du Code de procédure civile qui exige un pouvoir spécial pour les offres, aveu ou consentement, il est inexact de dire comme l'a fait, tout d'abord, le Tribunal de commerce de la Seine ⁽⁴⁾ qui fut saisi le premier de la question : « que cette règle (l'art. 352) s'applique à la dénégation de signature ». Sans doute, une interprétation exten-

(3) Dans le même sens : Note TISSIER sous Trib. paix. Sables-d'Olonne, 21 nov. 1908 ou S. 1910-2-89 (sol. contraire).

(4) 3. déc. 1912, D. 1913-2-281, note LALOU (conclusions contraires).

sive de la doctrine et de la jurisprudence ⁽⁵⁾ a-t-elle élargi l'énumération de l'art. 352 qui est considérée comme limitative seulement quant à la nature des actes qui y ressortissent. La nature de ces actes impliquant un abandon, une renonciation aux droits du client, il n'est que de se demander quel est le but de la dénégation d'écriture ou de signature pour se rendre compte immédiatement que, loin de constituer l'abandon d'un droit, elle est, au contraire, un moyen de défense particulièrement important.

C'est cette dernière solution qui a été consacrée par la Cour de cassation, suivie, d'ailleurs, par le reste de la jurisprudence ⁽⁶⁾. L'avocat peut donc valablement, sans procuration spéciale, dénier une écriture ou une signature dont on prétend que l'auteur est son client.

Disons, *a contrario*, que l'avocat ne peut pas faire une reconnaissance d'écriture qui constitue un véritable aveu et, partant, nécessite le pouvoir spécial prévu par l'art. 352 du Code de procédure civile.

Offres réelles

La controverse est beaucoup plus sérieuse au sujet des offres réelles. On reconnaît vite, si on examine objectivement leur utilité, qu'elles constituent un moyen, souvent précieux, pour abréger un litige qui menace d'avoir des conséquences néfastes pour le client. Les offres réelles se rattachent donc intimement à l'instance et entrent, par là-même, dans le cadre du mandat privilégié de l'avocat. Sur le terrain des faits, pas de difficulté, d'autant plus que le mandat exprès donné couramment aux agréés ou autres représentants devant les tribunaux de commerce, prévoit

(5) GARSONNET et CÉZAR BRU: *Traité théor. et prat. de procédure*, 2^e éd., t. 3, § 911. — GLASSON et TISSIER: *Traité de procédure*, 2^e éd., t. 1, n^o 913.

(6) Cass. 1^{re} juillet 1914 précité. — Trib. comm. Seine 14 déc. 1921, D. 1922-2-87.

toujours le droit de faire des offres. Il n'y a donc pas de raison de traiter différemment les avocats qui ne présentent avec les autres mandataires qu'une différence: le privilège d'être dispensé de procuration fondé sur l'estime dont ils jouissent.

Une double objection vient combattre ces considérations de fait. En premier lieu, nous venons de voir que l'art. 352 du Code de procédure civile déclare qu'« aucunes offres, aucun aveu ou consentement ne pourront être faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir spécial ». Cet article ne nous paraît pas comporter l'argument qui semble s'en dégager à première vue. En effet, sa place dans le Code de procédure civile montre qu'il n'est applicable qu'aux avoués et ne vise que les juridictions normales. Il serait donc abusif d'en étendre la portée aux avocats plaidant devant les juridictions d'exception, et plus spécialement devant les tribunaux consulaires.

Une seconde difficulté réside, sur le terrain disciplinaire, dans l'interdiction faite aux avocats de se livrer à des manèges de fonds, source de contestations ou d'abus nombreux. Il est certain que faire des offres réelles implique le maniement des fonds offerts, acte interdit par la plupart des Barreaux. Comment réduire cette contradiction? On peut évidemment déclarer que les tribunaux n'ont pas à se préoccuper des usages du Barreau et que, s'ils estiment que les offres font partie de l'instance, elle seront valablement faites, sans procuration, par un avocat, sous réserve des sanctions disciplinaires qui pourront intervenir. En fait, un procédé pratique, qui se répand de plus en plus, résoud le problème, en évitant à l'avocat de se mettre en contravention avec ses règles professionnelles: il consiste à faire les offres sous la forme d'un chèque nominatif signé par le client à l'ordre de l'adversaire, ou d'un bon de caisse nominatif délivré par le truchement

d'un officier ministériel. Le maniement de fonds n'existe pas si l'avocat opère ainsi.

Sous le bénéfice de ces observations, nous abandonons, contrairement à la jurisprudence ⁽⁷⁾ dans le sens de la validité des offres réelles faites sans procuration ⁽⁸⁾.

Mesures d'instruction.

La possibilité de représenter le client aux mesures d'instruction avait donné lieu, avant le décret de 1920, à une résistance, au moins partielle des Barreaux. Ceux-ci, faisant le départ entre les mesures d'information exécutées en la présence d'un magistrat et celles qui ne présentaient pas cette garantie, refusaient à l'avocat le droit de représentation pour ces dernières, craignant qu'il ne se laisse aller à des discussions peu dignes de sa fonction. C'est ainsi que, si l'avocat pouvait représenter son client sans procuration aux enquêtes, aux visites de lieux ou aux délibérés devant un juge rapporteur, les règles professionnelles lui interdisaient toute représentation pour les expertises et les arbitrages. Peu à peu, devant le danger que pouvait présenter pour les intérêts du client l'absence de l'avocat à ces mesures dont dépend souvent le sort du procès, plusieurs arrêtés des Conseils de l'Ordre vinrent adapter les règles professionnelles à la nécessité pratique de sauvegarder avant tout les intérêts des justiciables.

Le décret de 1920 est venu consacrer cette évolution en accordant aux avocats, dans son art. 6, le droit d'« assister leurs clients ou les représenter, s'il y a lieu, dans les mesures d'instruction prescrites par jugement ou par ordon-

(7) Trib. comm Amiens 26 oct. 1912, D. 1913-2-281, note LALOU. — Trib. comm. Auxonne, 14 août 1922, G.P. 1922-2-734.

(8) Dans le même sens cf APPLETON, op. cit. n° 183 et PAYEN et DUVEAU, op. cit., numéros 314 et 315.

nance » ⁽⁹⁾. Il n'y a donc plus de restriction aussi bien en matière civile que commerciale, administrative ou pénale, si ce n'est quant aux mesures d'instruction qui ne sont ordonnées ni par jugement ni par ordonnance et qui ne font pas partie de l'instance, comme c'est le cas pour la procédure de vérification ou d'affirmation des créances dans une faillite ou une liquidation judiciaire, sur laquelle nous allons revenir un peu plus loin.

Tentatives de conciliation.

La procédure de conciliation qui précède toute instance, notamment devant le juge de paix ou le conseil des prud'hommes, a été instituée, comme son nom l'indique, pour essayer d'éviter un procès, par un accord des parties sous la direction du juge. Cette tentative de conciliation implique la comparution personnelle des deux parties si l'on veut avoir quelque chance de succès. L'art. 53 du Code de procédure civile prévoit, toutefois, qu'en cas d'empêchement, la tentative de conciliation pourra avoir lieu devant le juge de paix par fondé de pouvoir. Faut-il accorder la dispense de procuration à l'avocat qui déclare représenter son client cité en conciliation devant ce tribunal ? Il nous semble que oui ⁽¹⁰⁾, car, si la tentative de conciliation n'est qu'une pré-instance, il y a tout lieu cependant de présumer que l'avocat fera tout son possible pour aboutir à un accord ⁽¹¹⁾.

(9) Cette disposition législative a donné lieu, de la part de certains mandataires habituels exerçant devant les tribunaux de commerce, à un pourvoi en Conseil d'Etat quant à sa légalité. Mais la haute juridiction, par arrêt du 18 fév. 1921 (D. 1922-3-1, note APPLETON), a déclaré mal fondé le recours et entériné la parfaite validité de l'art. 6 du décret.

(10) En ce sens: Trib. civ. Seine, 17 janv. 1934, D.H. 1934-189. Cette décision réserve, cependant, au client, la possibilité de prouver qu'il n'a pas donné mandat à l'avocat de le représenter en conciliation.

(11) Notons que, dans la pratique, les avocats se présentent quotidiennement au nom de leurs clients devant les juges de paix agissant en qualité de magistrats conciliateurs, et que cela ne soulève aucune opposition.

En ce qui concerne les conseils de prud'hommes, l'art. 69 du Livre IV du Code du travail est beaucoup plus explicite: il n'autorise la représentation de l'ouvrier qu'en cas d'absence ou de maladie. Nous avons déjà signalé que, dans ces conditions, la Cour de cassation refusait aux ouvriers le droit dont bénéficient les patrons de se faire représenter en tout état de cause, alors que plusieurs décisions du reste de la jurisprudence se montraient favorables à cette extension ⁽¹²⁾.

Péremption d'instance. Prescription.

Le droit d'opposer la péremption de l'instance ou la prescription des droits de l'adversaire entre incontestablement dans le cadre du mandat *ad litem* de l'avocat. Ce sont des moyens de défense évidents. Mais, inversement, l'avocat ne peut pas renoncer sans pouvoir spécial à cette prescription, ce qui constituerait un abandon de droit, alors qu'il peut et même doit couvrir la péremption qui peut menacer son client.

§ 2. — ACTES EXTÉRIEURS AU MANDAT *ad litem*

Après avoir déterminé les actes qui entrent normalement dans le mandat privilégié de l'avocat, il est intéressant de passer rapidement en revue les actes qui, soit parce qu'ils sont étrangers à l'instance, soit encore parce qu'un texte spécial le prévoit expressément, nécessitent une procuration spéciale, autrement dit, ne font pas partie du mandat *ad litem* de l'avocat. Nous verrons, un peu plus loin, quelles conséquences ils peuvent entraîner à l'endroit de la responsabilité.

La Cour de cassation, dès 1906, a eu à se prononcer sur les limites du pouvoir privilégié de l'avocat, et la formule

(12) Voir la note 15 du ch. III du l. I.

qu'elle a employée est très nette qui déclare que la mission de l'avocat doit « être considérée comme terminée quand la décision en vue de laquelle son ministère avait été sollicité a été rendue » ⁽¹³⁾.

Exécution des décisions judiciaires.

Une première conséquence pratique de cette règle est que l'avocat ne peut pas agir sans procuration pour poursuivre l'exécution des jugements, effectuer le règlement des sommes qui font l'objet de la condamnation ou donner l'ordre de procéder à une saisie.

Une application particulièrement intéressante concerne la *procédure de vérification et d'affirmation des créances en matière de faillite ou de liquidation judiciaire*. Cette procédure, qui a pour but d'établir le nombre des créanciers et le chiffre de leur créance, est, en effet, postérieure au jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire. Ce n'est donc pas une instance mais une simple mesure d'exécution du jugement. Si l'avocat peut représenter son client dans l'instance qui a pour but de faire déclarer un débiteur commerçant en état de faillite ou de liquidation judiciaire, il ne saurait en être de même pour l'affirmation et la vérification de la créance de ce client ⁽¹⁴⁾, qui, bien qu'opérée sous la surveillance d'un juge-commissaire, n'est, cependant, qu'une phase de la liquidation des droits des parties. Le juge-commissaire qui préside l'assemblée des créanciers ne fait que dresser un procès-verbal des opérations, mais il ne rend pas un jugement. Ce n'est qu'en cas de contestation de la créance que, le tribunal compétent

(13) Crim. 29 déc. 1906, D. 1908-1-447. — Bien que ce soit en matière pénale que cet arrêt ait été rendu, la généralité des termes de la formule citée montre qu'elle est applicable indistinctement devant toutes les juridictions spéciales.

(14) Douai, 10 avril 1913, D. 1913-2-281, note LALOU. — Cass. Civ., 20 juin 1921, D. 1921-1-212.

étant saisi, le droit de représentation privilégié renaît alors au profit de l'avocat.

Voies de recours.

Les voies de recours, bien qu'ayant pour résultat de saisir de la même affaire une juridiction d'un degré supérieur, introduisent cependant une instance nouvelle dont ils sont le premier acte. L'avocat ne peut donc pas les exercer en sa qualité de mandataire *ad litem* dispensé de procuration.

Si cette solution est évidente en ce qui concerne le *pourvoi en cassation* et l'*appel* ⁽¹⁵⁾, il ne nous paraît pas en être de même pour l'*opposition* qui est une voie de recours d'une nature particulière. L'opposition présente, en effet, la particularité d'attaquer un jugement qui a été rendu par défaut, de saisir le même tribunal que celui qui a rendu la décision attaquée, et de mettre à néant cette dernière. C'est donc la même instance qui continue, et nous en concluons que l'avocat jouit de son privilège pour exercer cette voie de recours dont la nature est distincte des autres ⁽¹⁶⁾.

Enfin, et d'une façon plus générale, la représentation sans procuration sera impossible devant certains organismes n'ayant aucun pouvoir juridictionnel. Citons les conseils de famille, les juges de paix siégeant en qualité de magistrats conciliateurs en matière de grève, les organismes administratifs ou comités, les commissions parlementaires, le commissaire de police procédant à une enquête, etc... ⁽¹⁷⁾.

(15) En ce sens : Pour le *pourvoi en cassation* : Crim. 29 déc. 1906 précité, 10 avril 1908, D. 1910-1-175. — Civ. 15 et 24 déc. 1924, 6 janvier 1925, D.P. 1925-1-20 ; 20 juin 1933, G.P. 1933-2-492 ; 10 juillet 1933, G.P. 1933-2-623 ; 25 avril 1934, G.P. 1934-2-140. — Pour l'*appel* : Trib. Seine 29 avril 1931, S. 1931-2-211. — *Contra* : Crim. 1^{er} déc. 1854, S. 55-1-67 Trib. simple pol. Paris 17 oct. 1905, S. 1910-2-89, note TISSIER.

(16) En ce sens Trib. simple pol. Paris, 17 oct. 1905 précité.

(17) Cf. sur ces points : PAYEN et DUVEAU, op. cit., n° 290 et s.

Actes pour lesquels un texte spécial exige une procuration.

Une seconde catégorie d'actes qui ne peuvent entrer, par définition, dans le mandat *ad litem* de l'avocat, sont ceux pour lesquels un texte spécial exige formellement une procuration.

Nous avons déjà parlé de l'art. 352 du Code de procédure civile au sujet des offres réelles et nous avons montré que le pouvoir de faire ces offres, en observant certains moyens destinés à éviter tout maniement de fonds, entrainait dans le mandat de l'avocat. Au contraire, les actes impliquant un aveu ou un consentement, c'est-à-dire, d'une façon plus générale, ayant comme conséquence l'abandon d'un droit, ne peuvent être accomplis sans une procuration spéciale, car ils sont défavorables aux intérêts du client. Citons, à titre d'exemple, la *renonciation au droit d'opposer une nullité ou une déchéance*, la *reconnaissance d'écriture*, la *délation du serment à l'adversaire* ⁽¹⁸⁾.

Enfin, et de plus fort, pour certains actes extrêmement graves quant à leurs conséquences, tels que la *déclaration d'inscription de faux*, la *récusation de juge, d'expert ou d'arbitre*, la *demande en renvoi pour cause de parenté ou alliance*, la *requête à fin de prise à partie*, la loi exige impérativement un pouvoir spécial et même authentique ⁽¹⁹⁾.

Même solution pour le *désistement d'instance* bien

(18) Les art. 353 et s. du Code de pr. civ. prévoient une procédure spéciale, la procédure du désaveu, à laquelle le client doit recourir pour faire tomber le ou les actes accomplis en violation de l'art 352, c'est-à-dire sans procuration. On peut se demander si cette procédure est applicable à l'avocat. Sur ce point, nous estimons que l'action en désaveu doit être réservée aux avoués exerçant devant les juridictions normales, et notre opinion s'appuie sur les travaux préparatoires (qui ne visent que les officiers ministériels) et sur la place même occupée par les art. 352 et s. dans le Code de pr. civ. — Dans le même sens : POTTIER, op. cit., p. 175 s. — APPLETON, op. cit., n° 186. — *Contra* : LALOU: note sous D. 1913-2-281.

(19) Ces actes sont prévus respectivement par les art. 218, 389, 309, 370 et 511 du C. pr. civ.

qu'une procuration authentique ne soit pas exigée. Notons, cependant, que le désistement sera possible sans procuration s'il a pour but de réparer une nullité de procédure ou de supprimer un acte engageant imprudemment la responsabilité de l'avocat, car, dans ces deux cas, il sauvegarde les intérêts du client.

SECTION II

Responsabilité de l'avocat mandataire envers ses clients.

Après avoir précisé les limites pratiques du mandat *ad litem*, il convient de se demander quelle est la responsabilité qui peut en résulter.

Négligence.

L'avocat mandataire *ad litem* doit prendre toutes les mesures destinées à sauvegarder entièrement les intérêts de son client et les prendre en temps utile. Toute tardiveté ou toute carence relevée à sa charge, engage sa responsabilité, à condition que la négligence ou l'omission s'applique à l'un des actes que nous avons déterminés comme faisant partie du mandat *ad litem*. Il ne suffit pas, d'ailleurs, que, par la faute de son défenseur, des déchéances ou des forclusions aient été encourues par le client. Il faut, en outre, que ce dernier ait subi un préjudice certain ⁽²⁰⁾, actuel et définitif ⁽²¹⁾, par le dol ou la faute de son avocat,

(20) Un préjudice éventuel ne peut motiver une condamnation à des dommages. (Comp. Req. 8 déc. 1884, D. 1885-1-463. — Civ. 26 novembre 1890, D. 91-1-18). Les juges, dans ce cas, peuvent seulement réserver l'action (Req. 5 janv. 1852, D. 52-1-50).

(21) C'est ainsi que l'action en responsabilité sera prématurée, si une voie de recours étant ouverte au client, lui permet de réparer les conséquences de la faute de l'avocat, sauf à celui-ci de rembourser les frais supplémentaires qu'il aura ainsi occasionnés.

et cette faute doit être telle qu'un confrère normalement consciencieux et compétent n'ait pu la commettre ⁽²²⁾.

En d'autres termes, pour que l'avocat soit déclaré responsable envers son client, il ne suffit pas que son activité de mandataire ait conduit à des résultats autres que ceux que le client espérait ou, même, ait été préjudiciable à celui-ci, il est encore nécessaire d'établir que cette activité a été fautive ⁽²³⁾. Et il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement les faits qui leur sont soumis et de déclarer qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu faute de l'avocat ⁽²⁴⁾.

Une espèce récente, dont la Cour de Lyon a eu à connaître, montre bien que la responsabilité de l'avocat qui représente son client devant les juridictions d'exception est plus étendue que celle qu'il encourt devant les juridictions normales. Il n'y a pas, en effet, d'avoué pour venir rectifier ou compléter, au besoin, les déclarations faites à la barre. Dès lors, si on relève une négligence dommageable dans sa plaidoirie, l'avocat devra en réparer les conséquences.

Le cas que la Cour de Lyon eut à apprécier était le suivant: chargé de défendre une cliente qui était menacée d'expulsion par son propriétaire, un avocat avait entre les mains un dossier ne contenant qu'une seule pièce : un titre de pension militaire au bénéfice de la cliente en sa qualité de mère d'un fils tué à l'ennemi. La simple production de ce titre paralysait la prétention du propriétaire et rendait impossible l'expulsion, par application de l'art. 6 de la loi du 1^{er} avril 1926 sur les locaux d'habitation. L'avocat, négligeant ce moyen, demanda simplement un délai de grâce. La cliente, excipant du préjudice causé par la négligence

(22) Comp. Req. 25 oct 1892, D. 92--1-613.

(23) Comp. Req. 2 juillet 1900, D. 1902-1-188 et 10 fév. 1903, D. 1904-1-113.

(24) Comp. Req. 10 août 1870, D. 71-1-332.

de son avocat, l'assigna en dommages et intérêts et la Cour de Lyon le condamna en déclarant « qu'en sa qualité de mandataire, les déclarations qu'il fait engagent sa responsabilité vis-à-vis du client, si elles constituent, à l'égard de ce dernier, des fautes « caractérisées et dommageables » (25).

Dépassement de pouvoir.

En second lieu, la responsabilité de l'avocat envers son client peut naître, à l'inverse de l'hypothèse précédente, d'un dépassement des pouvoirs normaux dont il est investi. Nous avons vu, en effet, que de nombreux actes n'entrant pas dans le cadre privilégié du mandat *ad litem*, l'avocat n'a pas le droit de les accomplir, tout au moins sans une procuration spéciale. Or, les règles professionnelles lui interdisent d'accepter un tel pouvoir et il convient de constater que les avocats s'abstiennent, en pratique, de violer ces prescriptions, afin d'éviter des sanctions disciplinaires.

Si, d'ailleurs, ils se faisaient délivrer une procuration écrite, la validité des actes accomplis et leurs conséquences juridiques seraient inattaquables, la responsabilité disciplinaire n'ayant aucune incidence sur la capacité civile des membres du Barreau.

Mais il peut arriver que, sans être muni du pouvoir nécessaire, et sans avoir averti son client de la nécessité de ce pouvoir, l'avocat accomplisse, sciemment ou non, un acte pour lequel la loi exige expressément une procuration. Il est certain que de tels actes sont nuls, aussi bien à l'égard des tiers qu'envers le client. Or, celui-ci était en droit de se considérer comme valablement représenté par son avocat. Si l'acte lui est favorable, le client se gardera bien d'invoquer la nullité, mais alors l'adversaire, ou même

(25) Lyon, 12 janv. 1932, S. 1933-2-46.

des tiers, à qui l'acte pourra être préjudiciable, s'empres-
seront d'exciper de cette nullité. Ils auront, d'ailleurs, ce
droit même si l'acte incriminé ne leur cause aucun dom-
mage puisque les nullités sont d'ordre public.

Le client se voyant frustré, dans ce cas, des conséquen-
ces favorables d'un acte présumé valable, pourra se retour-
ner contre son avocat et lui reprocher de ne pas lui avoir
réclamé la procuration dont lui, profane, n'était pas obligé
de connaître la nécessité, d'autant plus qu'il s'était adressé
à un homme de l'art afin d'éviter justement toute surprise
sur ce point.

L'avocat se verra alors condamner au remboursement
des frais exposés inutilement et, en outre, à des dommages,
si, dans l'intervalle, une déchéance irrémissible est inter-
venue.

C'est ainsi, par exemple, qu'un client, ayant chargé son
avocat d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cas-
sation contre une décision judiciaire, obtiendra sans diffi-
culté des dommages et intérêts pour la nullité dont sera
frappée la voie de recours par le fait du dépassement de
pouvoir dont se sera rendu coupable l'avocat en ne se
munissant pas de la procuration indispensable.

La solution sera la même, *a fortiori*, si l'avocat, au pré-
texte que ses règles professionnelles lui interdisent d'ac-
cepter un mandat écrit, s'abstient d'accomplir les actes
nécessitant un tel pouvoir, et n'avertit pas son client, dont
les intérêts se trouvent ainsi compromis.

Substitution de confrère.

Un cas particulier de responsabilité spécial à l'avocat
mandataire est celui qui peut naître de la substitution
d'un confrère sans l'assentiment du client. Nous avons déjà
examiné cette question plus haut et les conclusions aux-
quelles nous avons abouti, quant à la plaidoirie, s'appli-

quent indistinctement à l'avocat plaissant devant les juridictions normales et à l'avocat mandataire de son client.

Si nous revenons sur la question, c'est que, devant les juridictions spéciales, l'avocat accomplit toute une série d'actes qui sont l'apanage normal de l'avoué devant les tribunaux civils, et on peut se demander si, pour ces actes, la substitution d'un confrère ne peut pas entraîner une responsabilité de l'avocat qui en serait l'auteur.

Il y a lieu de tenir compte, en réalité, de ce que les divers actes professionnels sont loin de présenter une importance égale. Alors que la plaidoirie a toujours un rôle indéniable sur la solution à intervenir, un certain nombre d'actes n'ont, au contraire, qu'un caractère incident ou préparatoire et ne préjugent pas du fond du procès.

Citons, à titre documentaire, la demande de remise de l'affaire, lors de l'appel des causes, le simple dépôt de conclusions, l'assistance aux mesures d'instruction (expertises, enquêtes, visites des lieux, etc...). Il convient, à notre avis, dans ces hypothèses, d'autoriser l'avocat empêché à se faire remplacer par un confrère. Il ne faut pas oublier, en effet, que le service de la justice doit fonctionner normalement et que les membres du Barreau en sont les collaborateurs. L'intérêt particulier d'un justiciable ne saurait prévaloir contre l'intérêt général, et si le remplacement n'était pas admis, il en résulterait une entrave et un retard supplémentaires sans motif sérieux.

Cette solution correspond, d'ailleurs, à l'interprétation raisonnable de la volonté du client, le caractère banal des actes en question ne pouvant lui causer aucun préjudice par le seul fait de la substitution. Nous estimons donc qu'aucune responsabilité civile ne peut être encourue par l'avocat qui se substitue un confrère pour les actes que nous venons d'énumérer ou pour tous ceux dont la nature est analogue.

SECTION III

Responsabilité de l'avocat mandataire envers les tiers.

Nous avons envisagé, un peu plus haut, l'hypothèse de l'avocat coupable d'un dépassement de pouvoir, c'est-à-dire accomplissant certains actes sans être muni de la procuration nécessaire. Mais, à l'inverse de l'hypothèse que nous avons alors examinée, il se peut que, pour une raison quelconque — par exemple, parce que l'acte en question ne lui paraît pas favorable à ses intérêts — le client invoque lui-même la nullité, au lieu que ce soit l'adversaire ou les tiers.

Ces derniers seront, cette fois-ci, les victimes de l'annulation d'un acte qu'ils considéraient comme valable, et pourront se plaindre à juste titre du préjudice causé par la faute de l'avocat.

Supposons, ainsi, qu'un avocat ayant interjeté appel d'une décision, sur l'instigation de son client, mais sans le pouvoir écrit nécessaire, personne ne s'aperçoive de la nullité de l'acte d'appel. La juridiction d'appel infirme la première décision dans un sens défavorable au client, mais celui-ci apprend le vice dont est entaché la procédure, et invoque la nullité en démontrant que seul l'avocat doit en supporter la responsabilité. Il n'est pas douteux que l'adversaire et peut-être même des tiers vont subir un dommage, ne serait-ce que sous la forme de frais exposés inutilement, dont ils pourront utilement demander réparation à l'avocat fautif.

On pourrait, semble-t-il, reprocher, toutefois, à l'adversaire de n'avoir point réclamé à l'avocat la production de sa procuration écrite, au moment même où l'acte incriminé était accompli, ce qui aurait évité toute difficulté ultérieure.

En fait, l'avocat, de par sa profession, est toujours présumé agir régulièrement, ce qui explique qu'on ne lui réclame jamais la justification de son mandat. S'il agit sans procuration, même de bonne foi ou par erreur, il est professionnellement inexcusable. Il est présumé connaître la loi et savoir qu'en agissant sans mandat spécial de son client, celui-ci pourra désavouer sa conduite.

Le fait de ne pas avoir exigé la procuration ne saurait, *a fortiori*, être opposé aux tiers autres que l'adversaire, car, n'étant pas partie au procès, ils n'ont aucun moyen de vérifier au moment voulu la capacité de l'avocat mandataire.

CHAPITRE IV

RESPONSABILITES SPECIALES

Il nous reste à étudier rapidement la responsabilité des avocats dans l'exercice de certaines fonctions qu'ils peuvent être amenés à remplir, subsidiairement à leur fonction essentielle de défenseur. Nous voulons parler de la responsabilité de l'avocat qui remplace un magistrat absent et de celle de l'avocat choisi comme arbitre d'un litige.

Nous avons estimé que cette étude entraine, au moins accessoirement, dans le cadre de notre sujet, pour la raison que, si ces deux sortes de fonctions : suppléance des magistrats et arbitrage, ne relèvent pas de l'activité purement professionnelle des membres du Barreau, elles ne sont cependant pas véritablement extra-professionnelles.

En effet, si un avocat est appelé à siéger à la place d'un magistrat, c'est à cause de sa qualité de membre du Barreau, et c'est à cette qualité qu'il doit de jouir de ce privilège. De même, si des parties en litige choisissent un avocat comme arbitre pour trancher leur différend, leur choix est normalement motivé par les garanties techniques et morales qui sont attachées à sa profession.

Comme on le voit, dans les deux cas, l'activité particulière de l'avocat est liée à sa fonction essentielle, sinon par un lien étroit, tout au moins d'une façon incidente. Il était donc intéressant de préciser, à propos de chacune de ces fonctions spéciales, le fonctionnement pratique de la responsabilité de l'avocat qui les remplit.

SECTION I

La responsabilité de l'avocat qui supplée un magistrat

Ce sont des textes légaux qui prévoient la suppléance des magistrats et qui en fixent les conditions. En cas d'empêchement ou d'absence des juges suppléants, les avocats sont appelés à occuper le siège vide pour compléter le Tribunal ou la Cour, dans l'ordre du tableau. Il en est de même en cas de partage ⁽¹⁾.

Leur rôle est alors provisoirement identique à celui des magistrats de carrière, avec qui ils participent à la confection du jugement ou de l'arrêt à rendre. Ils ont droit au même respect et sont tenus des mêmes devoirs. Il est donc naturel qu'ils supportent la même responsabilité civile, et c'est, d'ailleurs, en ce sens qu'a statué la Cour suprême ⁽²⁾.

Quelle est cette responsabilité ? Elle est prévue par les art. 505 et suivants du Code de procédure civile, récemment modifiés par la loi du 7 février 1933. Avant cette loi la responsabilité civile des magistrats ne jouait que dans les quatre cas suivants : dol, fraude, concussion ou déni de justice. C'est dire que leur responsabilité relevait uni-

(1) Loi du 22 Ventôse An XII, art. 30. — Décret du 30 mars 1808, art. 48. — Art. 118 et 468 C. pr. civ.

(2) Req. 22 mars 1831, conclusions du Procureur général Dupin : Dalloz, Rép. V^o Avocat, n^o 277.

quement d'une faute personnelle, constituant, le plus souvent, un délit pénal.

Les magistrats étaient donc particulièrement favorisés, puisque la loi consacrait leur irresponsabilité à raison de leurs fautes professionnelles, même les plus graves. L'erreur inexcusable de fait ou de droit ou la négligence grossière n'entraînaient point la responsabilité de leur auteur, si la victime de cette erreur ou de cette négligence n'apportait pas la preuve de l'intention dolosive ou frauduleuse de celui-ci (3).

Au surplus, l'art. 510 du Code de procédure civile prévoyait une procédure spéciale pour la prise à partie du magistrat, subordonnant l'action en dommages à une autorisation préalable de la juridiction compétente, autorisation qui était accordée ou refusée, en dernier ressort, sans débat contradictoire et sans publicité. C'était, en fait, l'irresponsabilité totale du juge.

Ce système, encore que motivé par la nécessité de l'indépendance des magistrats et de leur protection contre les réclamations abusives ou téméraires des plaideurs mécontents, était critiqué comme trop étroit, parce qu'exclusif de la faute lourde génératrice de responsabilité.

Aussi bien, le législateur est-il venu modifier le statut existant, en ajoutant aux quatre cas de responsabilité déjà prévus, celui de « faute lourde professionnelle ». Nous ne reviendrons pas sur le sens et la portée de cette faute, car nous avons suffisamment montré dans notre partie théorique ce qu'il fallait entendre par là, et les conclusions que nous avons formulées gardent ici toute leur valeur.

D'autre part, le législateur, tout en maintenant la nécessité de l'autorisation préalable, a cependant assoupli cette

(3) Req. 17 mars 1904, Conclusions du Procureur général Baudoin : D. 1905-1-48.

procédure, en ce sens qu'elle comporte maintenant une publicité et une voie de recours ⁽⁴⁾.

En somme, à part cette procédure, l'action en dommages dirigée contre un magistrat, se présente, à l'heure actuelle, sous le même angle que celle dont un avocat ou un médecin peut se voir l'objet. Nous voulons dire que les conditions de fond sont les mêmes, c'est-à-dire que la faute limite, qui, seule, est génératrice de responsabilité, est la faute lourde professionnelle, la faute inexcusable qu'un autre professionnel, normalement compétent et consciencieux, n'aurait pas commise.

En pratique, dans quels cas un justiciable mécontent de la décision rendue à son sujet, peut-il utilement actionner le ou les auteurs de cette décision ? Peut-il, notamment, reprocher aux magistrats d'avoir mal jugé, en interprétant faussement les éléments de fait ou de droit du procès qui leur était soumis ?

La réponse, sur ce point, ne nous semble pas douteuse. Tout d'abord, si la décision incriminée n'a pas été rendue en dernier ressort, le plaideur devra utiliser les voies de recours qui lui sont ouvertes, justement pour lui permettre de faire triompher son bon droit, si celui-ci a été méconnu par les premiers juges. En second lieu, le mal jugé ne constitue pas, par lui-même, à notre sens, une faute lourde professionnelle, car l'interprétation du fait et du droit est trop délicate pour que le juge puisse être comptable de ses erreurs d'appréciation. Mais, s'il est établi que l'erreur de jugement a pour base une ignorance inexcusable des principes fondamentaux du droit ou une méconnaissance grossière des faits du procès, la faute lourde est indiscutable, et, partant, la responsabilité.

Outre l'erreur impardonnable de jugement, la responsabilité doit être retenue, *a fortiori* — comme dans le sys-

(4) Pour les détails: cf. LELOIR: Commentaire de la loi du 7 fév. 1933 sous D.P. 1933-4-65.

tème antérieur à la loi de 1933 — si le magistrat a jugé « par faveur, par haine ou par corruption » ⁽⁵⁾, c'est-à-dire dans le cas de dol, de fraude ou de concussion.

En résumé, la responsabilité de l'avocat suppléant un magistrat joue, en ce qui concerne les conditions de fond, sur un plan analogue à celui de sa responsabilité professionnelle. La faute de base, nécessaire pour déclencher la responsabilité est la même : c'est la faute lourde commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de la fonction remplie. La seule différence est une différence de forme : au lieu d'être assigné directement par la voie civile ordinaire, l'avocat qui fait office de magistrat bénéficie du privilège de l'autorisation préjudicielle.

SECTION II

La responsabilité de l'avocat-arbitre

Tandis que la suppléance des magistrats résulte d'une disposition légale obligatoire, destinée à assurer le fonctionnement normal du service de la justice, l'arbitrage, quoique prévu et réglementé par le législateur ⁽⁶⁾, ne s'impose pas aux avocats, qui sont libres d'accepter ou de refuser la mission qu'on désire leur confier.

Cependant, en définitive, le rôle de l'avocat est le même dans les deux cas, puisque, aussi bien, celui-ci doit — seul ou assisté d'autres arbitres — trancher le différend qui

(5) Req. 17 mars 1904 précité.

(6) Art. 1003 à 1028 C. proc. civ. Signalons, afin d'éviter toute confusion, que l'arbitrage auquel nous faisons allusion ne s'étend pas à l'arbitrage prévu par l'art. 429 du C. comm. qui prévoit le renvoi des parties devant des arbitres-rapporteurs pour « examen de comptes, pièces ou registres ». Ces arbitres-rapporteurs, malgré leur nom, sont plutôt, de par leurs attributions, de véritables experts, dont la fonction est incompatible avec celle d'avocat.

divise les parties qui l'ont choisi dans ce but. Magistrat public, lorsqu'il complète un tribunal, juge privé, quand il arbitre, ses décisions n'entraînent pas moins les mêmes conséquences.

Les parties ont, en effet, le choix. Si elles veulent éviter la lenteur, la publicité et les frais inhérents à la justice officielle, elles peuvent soumettre leur cas à des arbitres amiables, nommés d'un commun accord. Rien ne s'oppose à ce qu'un avocat accepte d'arbitrer. Au contraire, sa profession le désigne naturellement pour cette fonction, car il présente, et sur le plan des connaissances juridiques, et sur celui de l'honorabilité, les meilleures garanties.

Les arbitres rendant un véritable jugement dont les effets, dans le cadre de la mission impartie, ont la même force exécutoire que celle dont toute décision émanant des juridictions officielles est assortie, on pourrait être tenté, à l'endroit de leur responsabilité civile, de les faire bénéficier des règles qui régissent la responsabilité des magistrats de carrière.

La Cour de cassation, consultée à ce sujet, s'est montrée contradictoire : alors que dans un premier arrêt ⁽⁷⁾, la Chambre civile a refusé le bénéfice de la procédure de la prise à partie aux arbitres amiables ⁽⁸⁾, un arrêt postérieur de la Chambre des requêtes a adopté la solution contraire ⁽⁹⁾. Quant à la doctrine, elle est aussi en désaccord ⁽¹⁰⁾.

(7) 7 mai 1817, *Concl. du Proc. gén. DUPIN*: S. 1817-1-248. — Dans le même sens: Agen 27 août 1845, D. 1849-2-199.

(8) Les anciens art. 51 à 63 du C. comm. (abrogés par la loi du 17 juillet 1856) prévoyaient l'arbitrage forcé pour les contestations entre associés et pour raison de la société. Malgré les conclusions contraires du Proc. gén. DUPIN rejetant le bénéfice de la prise à partie aussi bien pour les arbitres amiables que pour les arbitres forcés, la Cour suprême accorda cependant ce privilège, mais uniquement aux arbitres forcés.

(9) Req. 12 fév. 1850, confirmant un arrêt de la Cour de Rouen du 14 juin 1848, D. 50-1-311.

(10) En faveur de la prise à partie: GLASSON et COLMET-DAAGE: *Précis*

Malgré cette controverse, il nous paraît difficile d'assimiler un arbitre à un juge professionnel, car le pouvoir du premier n'a jamais sa source que dans la volonté des parties, sans qu'aucune investiture officielle vienne présider à sa désignation. La procédure exceptionnelle en faveur des magistrats officiels ne se justifie pas pour les arbitres, qui doivent répondre de leurs fautes dans les termes du droit commun.

Nous retombons donc dans le cadre de la responsabilité professionnelle en général, autrement dit, la victime du préjudice devra agir selon la procédure ordinaire. Mais les conditions de fond restent les mêmes que pour la responsabilité des juges professionnels : nécessité d'une faute lourde pour déclencher la responsabilité, qui jouera, *a fortiori*, en cas de dol ou de fraude de l'arbitre, si celui-ci a voulu favoriser ou léser l'une des parties.

En ce qui concerne le mal jugé, les considérations que nous avons émises plus haut sont également valables pour les décisions arbitrales. La partie non satisfaite ne pourra actionner utilement l'arbitre que si celui-ci s'est rendu coupable de dol ou de fraude. Sinon, elle devra employer les voies de recours qui lui sont ouvertes.

Constatons donc, encore, en terminant, l'identité de responsabilité de l'avocat-arbitre et de l'avocat défenseur, quant à la notion de faute qui est à la base. Cette responsabilité n'est ni plus lourde, ni plus atténuée dans le premier cas que dans le second, et cette unité de fondement de la responsabilité des membres du Barreau, alors même que leur activité abandonne le champ strictement professionnel, répond au principe de logique qui doit commander toute explication juridique.

théor. et prat. de proc. civ., 2^e éd., t. II, n^o 1120. — *Contra*: CARRÉ et CHAUVEAU: Lois de la proc. civ. et com., 5^e éd., t. 4, art. 505, quest. 1801 *bis*.

CONCLUSION

L'examen théorique de la responsabilité civile des avocats nous a conduit à une première conclusion : bien que l'activité professionnelle des membres du Barreau revête une triple forme : consultation, assistance et représentation, et que chacun de ces pôles d'activité présente, avec les autres, des différences fonctionnelles, le diapason de la responsabilité n'en reste pas moins le même dans les trois cas, aussi bien dans les rapports de l'avocat avec ses clients, qu'envers les tiers.

Seule la conduite lourdement, manifestement fautive de l'avocat est génératrice de responsabilité et contraint son auteur à réparer civilement le préjudice qui lui est imputable. Cette constatation, qui peut paraître quelque peu paradoxale, étant donné la disparité juridique des situations qui peuvent faire naître la responsabilité civile des membres du Barreau, n'en trouve pas moins une explication rationnelle dans l'analyse objective de la fonction de l'avocat.

L'activité professionnelle de celui-ci présente, en effet, des caractéristiques originales, spécifiques, qui relèvent de la nature sociale du service dont il assume la charge. Sa fonction fait, en quelque sorte, le pont entre le droit privé

et le droit public. La défense des intérêts particuliers des clients subit l'incidence des règles générales nécessaires à la réalisation la meilleure de la justice, et la réaction des règles de droit public sur les rapports de droit privé de l'avocat, soit avec ses clients, soit avec des tiers, aboutit à une situation juridique toute spéciale, qui se trouve à l'étroit dès qu'on veut la faire entrer dans un des moules classiques du Code civil.

Aussi, avons-nous été amené, lorsque nous avons essayé de préciser le cadre juridique auquel ressortit l'activité professionnelle des avocats, à faire intervenir la notion de mandat, entendue non pas dans son sens strictement juridique, mais considérée sous son angle social plus large, autrement dit, s'inspirant de l'idée générale de service altruiste.

L'avocat agit pour autrui, pour la sauvegarde de ses intérêts. Il se dévoue gratuitement pour ceux dont la situation matérielle ne permettrait pas qu'ils bénéficient de la protection ou de l'intervention de la Justice, et qui, cependant, y ont droit. Si, en dehors de l'assistance judiciaire gratuite, les membres du Barreau reçoivent la légitime compensation du service qu'ils rendent, cela ne saurait modifier la nature essentielle de ce service, au point d'en faire un travail rémunéré ordinaire, car les deux facteurs fondamentaux de la fonction d'avocat — collaboration au service de la Justice et indépendance professionnelle — transforment l'activité des avocats, qui se trouve transposée sur un plan spécial, et toute explication juridique qui néglige ou sous-estime cette incidence ne peut fournir une solution satisfaisante.

C'est pourquoi la notion élargie de mandat nous a paru apporter une explication assez heureuse au problème complexe qui nous était posé, parce qu'elle concilie les éléments de droit privé et les facteurs de droit public qui

composent la situation professionnelle toute particulière des membres du Barreau.

L'atténuation de leur responsabilité civile s'explique aisément par ce que nous venons de dire. L'avocat n'est pas l'instrument passif, le truchement servile de la volonté du client, il est, avant tout, un collaborateur de la Justice, collaborateur qui jouit d'une estime et d'une confiance particulières, parce que la discipline sévère qu'il observe apporte aux justiciables la plus sûre des garanties.

En outre, l'initiative et l'indépendance professionnelles de l'avocat ne doivent pas être paralysées par la menace constante d'une responsabilité éventuelle, si l'on ne veut pas ruiner le principe fondamental d'une justice entièrement éclairée.

En somme, la dualité des notions de droit public — qui commandent l'irresponsabilité de l'activité involontairement dommageable — et des règles de droit privé — qui exigent une réparation beaucoup plus stricte — conduit à une solution intermédiaire qui équilibre les données contradictoires du problème.

*
**

Une seconde conclusion nous est inspirée par l'étude des applications pratiques de la responsabilité civile de l'avocat, et elle vient justifier, pour ainsi dire, la solution théorique d'une responsabilité atténuée, en ruinant, sur le terrain des faits, les objections que l'on pourrait formuler contre le danger que peut faire naître la position privilégiée des membres du Barreau.

Nous avons vu, en effet, que les décisions judiciaires qui sanctionnent la responsabilité civile des avocats sont extrêmement rares et constituent de véritables exceptions. Qu'est-ce à dire, sinon que, malgré que l'avocat jouisse d'une certaine immunité dans l'exercice de sa fonction, il n'abuse pas de son privilège.

Et cela s'explique si l'on remarque qu'en observant ses règles corporatives, l'avocat se met, en fait, à l'abri de toute responsabilité éventuelle. En effet, encore que ces règles ne soient dictées que par le seul souci de la dignité et de l'indépendance professionnelles, leur but s'identifie, en pratique, avec la suppression quasi-absolue des risques de responsabilité. Nous avons eu l'occasion de signaler que les obligations dont l'avocat est tenu disciplinairement, sont beaucoup plus strictes que celles que le droit commun impose à tout individu. Il n'est pas étonnant, dès lors, que l'avocat, respectueux de la discipline corporative, bénéficie d'une protection automatique à l'endroit de sa responsabilité civile, et c'est là l'explication de la rareté des espèces, lorsque l'on feuillète les recueils de jurisprudence.

La situation privilégiée de l'avocat, quant à sa responsabilité professionnelle, n'entraîne donc nullement des conséquences abusives, dont les clients ou les tiers seraient les victimes. Au contraire, l'expérience a montré que, souvent, pour éviter toute discussion qui pourrait nuire au prestige de la corporation, les membres du Barreau abandonnent leurs justes droits, alors que la mauvaise foi du client est évidente.

**

La conclusion générale qui se dégage de notre étude, se résume donc dans l'équilibre qui s'établit entre la solution technique du problème de la responsabilité civile des avocats et la justification que le fonctionnement séculaire d'une des plus nobles institutions vient y apporter, sur le terrain pratique.

Et cela ne peut que renforcer, si ce n'était superfétatoire, le crédit moral de l'Ordre.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français, 5^e édit., t., iv et v.
- BARBIER (G.). — Code expliqué de la presse, 2^e éd., 1911, t. II.
- BAUDRY, LACANTINERIE et WAHL. — Traité théorique et pratique de Droit civil (3^e édit.): *Des contrats aléatoires*.
- CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — Traité des droits d'enregistrement, 2^e édit., t. II.
- CHARVERIAT. — Annales de droit commercial, t. II.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit civil français, 7^e édit., 1932, t. II.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique du Code civil, t. VIII.
- DEMOGUE. — Traité des obligations en général, 2^e éd., 1924, t. v.
- DEMOLOMBE. — Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, 1879, t. XXXI.
- DURANTON. — Cours de droit français, suivant le Code civil, 4^e éd., t. III.
- DUVERGIER. — Traité du louage, t. I et VI.
- FAUSTIN (H.). — Traité de l' instruction criminelle, 2^e éd.
- FABREUETTES. — Traité des délits politiques. et des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse, 2^e éd., t. I.
- GARDENAT et SALMON-RICCI. — De la responsabilité civile, 1927.
- GARRAUD. — Traité théorique et pratique de droit pénal français, 2^e éd., t. v.
- GARSONNET. — Traité théorique et pratique de procédure, 2^e éd., t. I et III.
- GLASSON et TISSIER. — Précis théorique et pratique de procédure civile, 2^e éd., t. I.
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de louage, 1885, t. II.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, 1892.
- JOSSEMAND. — Cours de Droit civil positif français, 3^e éd., t. II.
- LAURENT (F.). — Principes de Droit civil français, 3^e éd., t. XXVII.
- LE POITTEVIN. — Traité de la presse, t. I, 1902.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code civil, 7^e éd.

- MAZEAUD (H. et L.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 2^e éd., 1934, t. I.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit civil, par G. Ripert, 11^e éd., 1931, t. II.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de Droit civil français, t. VI, par P. Esmein, et t. XI, par Rouast et Lepargneur.
- POTHIER. — Traité du mandat.
- TROPLONG. — Commentaire du Ionage, 3^e éd.
- VIGIÉ (A.). — Cours élémentaire de Droit civil français, 2^e éd., 1893.

OUVRAGES SPECIAUX, CHRONIQUES, NOTES

- APPLETON. — Traité de la profession d'avocat, 1^e éd., 1923, et 2^e éd., 1928.
Notes sous: Crim. 23^e mai 1919, D. 1925-1-174; 2 déc. 1926, D. 1927-1-55; Paris, 2 juin 1933, D.P., 1933-2-49; Aix, 27 juin 1934, D.P., 1934-2-73.
- BOISTEL. — Note sous Req. 27 oct. 1907 D. 1908-1-481.
- BOULLANGER. — Note sous Bordeaux 10 avril 1861 S. 61-2-530.
- BRUN. — Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle Th. Lyon, 1931.
- CLARO. — Note sous Cass. 19 déc. 1899, D. 1900-1-105.
- CRESSON. — Usages et règles de la profession d'avocat, 1900.
- DES CRESSONNIÈRES. — Entretien sur la profession d'avocat et les règles professionnelles, 1921.
- GARDENAT. — Traité de la profession d'avocat, 1931.
- GLASSON. — Note sous Agen, 4 mars 1889, D. 90-2-281.
- GRANDMOULIN. — Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien Droit romain et dans le Droit français, avec application à la combinaison de l'incapacité et de la responsabilité dans le droit français. Thèse Rennes, 1892.
- LABBÉ. — Note au Sirey 1893-1-497.
- LABOURET. — Des honoraires des avocats, Thèse Lille, 1906.
- LALOU (H.). — Note sous Paris, 4 juillet 1932, D.P., 1933-2-113.
- LEEMANS. — De la responsabilité civile des avocats, Thèse Paris, 1909.
- LEFEBVRE. — De la responsabilité délictuelle et contractuelle, *Revue critique*, 1886.
- LÉVY (E.). — Responsabilité et contrat. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905.
- MAZEAUD (H.). — Responsabilité délictuelle et contractuelle. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1929.
- MÉRIGNHAC. — Traité des ordonnances sur requête et des référés, t. II.
- MOLLOT. — Règles de la profession d'avocat, 2^e éd., t. I et II.
- PAYEN et DUVEAU. — Les règles de la profession d'avocat et les usages du Barreau de Paris, 1926.
- POTTIER. — Du droit des avocats et des avoués de représenter et plaider devant les tribunaux d'exception. Thèse Paris, 1914.
- WAHL. — Le droit des avocats aux honoraires. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1905.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
--------------------	---

LIVRE PREMIER

LE PROBLEME THEORIQUE	15
-----------------------------	----

CH. I. — LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT PLAIDANT DEVANT LES JURIDICTIONS OU LE MINISTERE DE L'AVOUE EST OBLIGATOIRE	19
--	----

A. — FONDEMENT ET NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE ENVERS LE CLIENT	20
---	----

SECTION I. — RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ET DELIC- TUELLE	20
---	----

SECTION II. — THEORIES EMISES	28
-------------------------------------	----

§ 1. — Les théories contractuelles	29
--	----

1° Contrat de nature gratuite	29
-------------------------------------	----

<i>Théorie du mandat</i>	29
--------------------------------	----

2° Contrat de nature onéreuse	33
-------------------------------------	----

a) <i>Théorie du louage de services</i>	33
---	----

b) <i>Contrat d'entreprise</i>	37
--------------------------------------	----

c) <i>Contrat innomé</i>	39
--------------------------------	----

3° Contrat de droit public	42
----------------------------------	----

<i>Théorie de M. Appleton</i>	42
-------------------------------------	----

§ 2. — Théories rejetant l'idée de contrat	46
--	----

SECTION III. — CRITIQUE GENERALE DES THEORIES CONTRACTUALISTES	47
§ 1. — Y a-t-il contrat?	48
Critique du contrat quant à ses conditions de formation	49
<i>La capacité</i>	49
<i>La cause. La question du droit aux honoraires</i>	51
Critique du contrat quant à ses effets	60
§ 2. — Y a-t-il responsabilité contractuelle	62
SECTION IV. — SOLUTION PROPOSÉE. RESPONSABILITE DE NATURE QUASI-DELICTUELLE	68
B. — FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT ENVERS LES TIERS	72
C. — ETENDUE DE LA RESPONSABILITE. LA NOTION DE FAUTE PROFESSIONNELLE	74
CH. II. — LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT CONSULTANT	82
CH. III. — LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT PLAIDANT DEVANT LES JURIDICTIONS OU LE MINISTERE DE L'AVOUE EST FACULTATIF	84
SECTION I. — DEVANT QUELLES JURIDICTIONS LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT PEUT-ELLE ETRE COMPAREE A CELLE D'UN MANDATAIRE ?	87
<i>Conseils de préfecture</i>	92
<i>Tribunaux de paix et conseils de prud'hommes</i>	93
<i>Tribunaux de commerce</i>	94
<i>Autres juridictions spéciales</i>	94
<i>Juridictions répressives</i>	96
<i>Juridiction des référés</i>	98
SECTION II. — ETENDUE DE LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT MANDATAIRE « AD LITEM » DE SON CLIENT	100
 LIVRE SECOND	
LES APPLICATIONS	105
CH. I. — CAS GENERAUX DE RESPONSABILITE DE L'AVOCAT ENVERS SES CLIENTS	110
SECTION I. — RESPONSABILITE EN MATIERE DE CONSULTATION	111
SECTION II. — RESPONSABILITE DE L'AVOCAT QUI REFUSE OU ABANDONNE UNE CAUSE	115

SECTION III. — RESPONSABILITÉ EN CAS DE SUBSTITUTION D'UN CONFRÈRE	119
SECTION IV. — RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE D'HONORAIRES... <i>Pactes de quota-litis</i>	120 124
SECTION V. — RESPONSABILITÉ QUE PEUT ENTRAÎNER LA PLAID DOIRIE. PERTE DU PROCÈS	126
SECTION VI. — RESPONSABILITÉ DE L'AVOCAT DÉPOSITAIRE DE PIÈCES	128
SECTION VII. — RESPONSABILITÉ POUR RETENTION DU DOSSIER	130
SECTION VIII. — RESPONSABILITÉ POUR VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL	131
CH. II. — LA RESPONSABILITÉ GÉNÉRALE DE L'AVOCAT EN- VERS LES TIERS	135
SECTION I. — LE PRINCIPE: L'IMMUNITÉ	136
SECTION II. — LES LIMITES DE L'IMMUNITÉ	138
SECTION III. — LA RESPONSABILITÉ	144
§ 1. — Responsabilité de l'avocat du fait d'imputa- tions diffamatoires relatives à la cause ou d'injures ou outrages étrangers ou non au procès	145
<i>Conditions d'exercice et de recevabilité de l'action</i>	148
§ 2. — Responsabilité de l'avocat du fait d'impu- tations diffamatoires étrangères à la cause.. <i>Conditions d'exercice et de recevabilité de l'action</i>	148 149
§ 3. — Délimitation de la responsabilité de l'avo- cat et de la responsabilité personnelle du client	151
CH. III. — LA RESPONSABILITÉ SPÉCIALE DE L'AVOCAT MAN- DATAIRE « AD LITEM »	153
SECTION I. — ÉTENDUE PRATIQUE DU MANDAT « AD LITEM » DE L'AVOCAT	157
§ 1 — Actes entrant dans le mandat <i>ad litem</i> ..	157
<i>Conclusions et mémoires</i>	158
<i>Demandes reconventionnelles</i>	158
<i>Compensation judiciaire</i>	159
<i>Demandes incidentes ou additionnelles</i>	159
<i>Dénégation d'écriture ou de signature</i>	159
<i>Offres réelles</i>	160

Mesures d'instruction	162
Tentatives de conciliation	163
Péremption d'instance. Prescription	164
§ 2. — Actes extérieurs au mandat <i>ad litem</i> de l'avocat	164
Exécution des décisions judiciaires	165
Voies de recours	166
Actes pour lesquels un texte spécial exige une procuration	167
SECTION II. — RESPONSABILITE DE L'AVOCAT MANDATAIRE EN- VERS SES CLIENTS	168
Négligence	168
Dépassement de pouvoir	170
Substitution de confrère	171
SECTION III. — RESPONSABILITE DE L'AVOCAT MANDATAIRE ENVERS LES TIERS	173
CH. IV. — RESPONSABILITES SPECIALES	175
SECTION I. — LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT QUI SUPPLEE UN MAGISTRAT	176
SECTION II. — LA RESPONSABILITE DE L'AVOCAT-ARBITRE	179
CONCLUSION	182
BIBLIOGRAPHIE	186
TABLE DES MATIERES	188

Montpellier, le 13 juillet 1935.

Vu:

Le Président de la thèse:
H. VIALLETON.

Montpellier, le 17 juillet 1935.

Vu:

Le Doyen:
G. MORIN.

Vu et permis d'imprimer:

Montpellier, le 22 juillet 1935.

Le Recteur:
TAILLIART.

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

1935

